



Editora Fundação Fênix



# Justiça e direitos fundamentais em debate

Thadeu Weber

## **Justiça e direitos fundamentais em debate**

# **Série Filosofia**

## **Conselho Editorial**

---

### **Editor**

Agemir Bavaresco

### **Conselho Científico**

Agemir Bavaresco – Evandro Pontel  
Jair Inácio Tauchen – Nuno Pereira Castanheira

## **Conselho Editorial**

Augusto Jobim do Amaral  
Cleide Calgaro  
Draiton Gonzaga de Souza  
Evandro Pontel  
Everton Miguel Maciel  
Fabián Ludueña Romandini  
Fabio Caprio Leite de Castro  
Fabio Caires Coreia  
Gabriela Lafetá  
Ingo Wolfgang Sarlet  
Isis Hochmann de Freitas  
Jardel de Carvalho Costa  
Jair Inácio Tauchen  
Jozivan Guedes

Lenno Francisco Danner  
Lucio Alvaro Marques  
Nelson Costa Fossatti  
Norman Roland Madarasz  
Nuno Pereira Castanheira  
Nythamar de Oliveira  
Orci Paulino Bretanha Teixeira  
Oneide Perius  
Raimundo Rajobac  
Renata Guadagnin  
Ricardo Timm de Souza  
Rosana Pizzatto  
Rosalvo Schütz  
Rosemary Sadami Arai Shinkai  
Sandro Chignola

**Thadeu Weber**

**Justiça e direitos fundamentais em debate**

Barbara Dornelles Brea  
Organizadora executiva



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2023

Direção editorial: Agemir Bavaresco  
Diagramação: Editora Fundação Fênix  
Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –  
[Http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



*Série Filosofia – 116*

### Catálogo na Fonte

W373j Weber, Thadeu  
Justiça e direitos fundamentais em debate [recurso eletrônico] /  
Thadeu Weber. – Porto Alegre : Editora Fundação Fênix, 2023.  
304 p. (Série Filosofia ; 116)

Disponível em: <<http://www.fundarfenix.com.br>>  
ISBN 978-65-5460-018-7  
DOI <https://doi.org/10.36592/9786554600187>

1. Filosofia. 2. Direito. 3. Justiça. 4. Moral. 5. Filosofia moral. 6.  
Filosofia do direito. 7. Liberdade. I. Título

CDD: 100

Responsável pela catalogação: Lidiane Corrêa Souza Morschel CRB10/1721

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	9
<b>1. MORAL, DIREITO E JUSTIÇA EM KANT</b> .....	15
<b>2. O DIREITO DE NECESSIDADE (NOTRECHT) COMO DIREITO DE DIGNIDADE: UMA COMPLEMENTARIDADE ENTRE KANT E HEGEL</b> .....	35
<b>3. A INFLUÊNCIA KANTIANA NO POSITIVISMO JURÍDICO</b> .....	51
<b>4. A CRÍTICA DE HEGEL À FILOSOFIA MORAL KANTIANA DEPOIS DE RAWLS</b> .....	69
<b>5. LIBERDADE, DIREITO E RECONHECIMENTO NA FILOSOFIA DO DIREITO DE HEGEL</b> .....	87
<b>6. DIGNIDADE HUMANA E LIBERDADE EM HEGEL</b> .....	111
<b>7. DIGNIDADE, RECONHECIMENTO E CONSTITUIÇÃO: ENTRE KANT E HEGEL</b> .....	125
<b>8. HEGEL E RAWLS: UM DIÁLOGO POSSÍVEL</b> .....	143
<b>9. JUSTIÇA COMO EQUIDADE E O IMPERATIVO CATEGÓRICO KANTIANO</b> .....	163
<b>10. FUNDAMENTAÇÃO MORAL DO LIBERALISMO POLÍTICO DE RAWLS</b> .....	181
<b>11. OS LIMITES DO LIBERALISMO: UMA CRÍTICA COMUNITARISTA</b> .....	201
<b>12. O NEOCONTRATUALISMO DE RAWLS</b> .....	219
<b>13. JUSTIÇA E JUSTIFICAÇÃO</b> .....	237
<b>14. O DIREITO DE PROPRIEDADE: TRABALHO, LIBERDADE E JUSTIÇA</b> .....	259
<b>15. HOBBS: UM POSITIVISTA OU UM JUSNATURALISTA?</b> .....	275
<b>16. A VIRTUDE DA JUSTIÇA E OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA</b> .....	293

## APRESENTAÇÃO

O debate e as controvérsias em torno de diferentes concepções de justiça acompanham toda a história do pensamento jurídico-político. Uma das questões centrais da Filosofia Política das últimas décadas pode ter a seguinte formulação: considerando a multiplicidade de doutrinas morais, filosóficas e religiosas constatáveis em todas as sociedades democráticas, qual a concepção de justiça mais adequada para orientar nossas principais instituições sociais e políticas? O propósito do livro é entrar nessa discussão reunindo um conjunto de artigos, alguns inéditos, outros já publicados em periódicos, mas revisados e ampliados para esse objetivo. As referências são devidamente registradas. Aristóteles, Hobbes, Locke, Kant, Hegel, Rawls, Dworkin e Forst são os autores mais destacados.

O primeiro capítulo trata do tema do Direito e da Justiça em Kant. Procura explicitar a fundamentação moral do Direito na *Doutrina do Direito*, mediante a distinção entre leis jurídicas e leis éticas, a partir das leis morais. Chama a atenção, no entanto, para uma incoerência entre essa concepção e o reconhecimento dos direitos de equidade e o de necessidade, por um lado, e a não realização desses direitos, por outro. O objetivo é mostrar que a concretização daqueles direitos pode dar-se pelo recurso aos princípios morais, deixando de aplicar leis com consequências injustas.

O segundo capítulo propõe-se discutir o direito de necessidade como direito de dignidade, confrontando as posições de Kant e Hegel. Após situar esse direito no contexto da filosofia prática de ambos, aponta diferenças e indica uma possível complementaridade. Salienta os limites do formalismo kantiano quanto ao referido direito e destaca as bases da crítica consequencialista hegeliana.

O terceiro estudo procura indicar alguns aspectos da Filosofia jurídico-política de Kant que influenciaram a formulação do positivismo jurídico e, ao mesmo tempo, apontar que a solução de problemas resultantes do assim chamado formalismo está na própria *Doutrina do Direito* do autor. O núcleo central da discussão gira em torno do problema da justiça. O cumprimento puro e simples das condições formais das relações jurídicas pode acarretar consequências injustas. Pode-se, então, recorrer aos princípios em vez de aplicar as leis? O estudo passa por uma distinção entre

moralidade e legalidade, sobretudo no que se refere às leis éticas e às leis jurídicas a partir de seu fundamento comum: as leis morais. Inclui, também, uma discussão sobre a ideia de contrato social do filósofo alemão, evidenciando a autonomia como instância legitimadora do ordenamento jurídico. Com o propósito de caracterizar o formalismo jurídico, o texto recorre aos elementos constitutivos do conceito do Direito, abordados na introdução da *Doutrina do Direito*. Por fim, procura mostrar que a solução de alguns problemas originários do formalismo kantiano pode ser encontrada no próprio Kant, embora não resolvidos por ele, sobretudo no que diz respeito a possíveis consequências injustas da aplicação de leis positivas, cuja validade pode ser tida como duvidosa, bem como aos direitos de equidade e de necessidade, cuja efetivação requer o recurso aos princípios da justiça.

O quarto capítulo visa mostrar que a crítica de Hegel à Filosofia Moral kantiana, a partir da interpretação de Rawls, deve ser revista em alguns aspectos, tais como: a aplicação do imperativo categórico, o problema do formalismo e o próprio construtivismo moral em Kant. Uma reconstrução dos principais aspectos da interpretação rawlsiana da Filosofia prática de Kant é necessária, considerando a crítica hegeliana. Esta é explicitada tendo em vista os avanços que ela representa dentro de uma perspectiva dialética e de possíveis reparos que a ela podem ser feitos.

O propósito do quinto capítulo é identificar e explicitar o papel desempenhado pelo reconhecimento na concretização e efetivação da ideia da liberdade na Filosofia do Direito de Hegel. Isso significa mostrar que a realização da vontade livre individual inclui necessariamente o reconhecimento dos outros e das instituições sociais. Dessa forma, direito, liberdade e reconhecimento passam por diferentes níveis de realização. O desafio é demonstrar que nessas instâncias de mediação as vontades individuais não são enfraquecidas ou eliminadas, mas, porque mediadas e reconhecidas, são asseguradas e fortalecidas. Com isso, é minimizada a suspeita de “consequências antidemocráticas” que recaem sobre a concepção do Estado hegeliano.

Dignidade humana e liberdade em Hegel é o objeto de estudo do sexto capítulo. O texto procura mostrar que a liberdade como princípio orientador da *Filosofia do Direito* de Hegel é a expressão da dignidade da pessoa humana. Toma



como ponto de partida a noção de pessoa de direito, enquanto capacidade legal, e que confere a fundamental igualdade de todos como portadores de direitos subjetivos. Considera o direito de moralidade, enquanto direito de saber e querer, como dimensão fundamental da preservação da dignidade do ponto de vista subjetivo. Apresenta a eticidade, na medida em que trata da mediação da liberdade nas instituições sociais, como dimensão objetiva da dignidade.

Dignidade, reconhecimento e Constituição são o objeto de estudo do sétimo capítulo. O texto pretende evidenciar aspectos da atualidade do pensamento de Kant e Hegel. Além de destacar uma certa complementaridade entre eles, indica e comenta suas contribuições ao debate de temas importantes da Ética e da Filosofia Política Contemporâneas, tais como: dignidade, autonomia, fundamentação ética da Constituição, reconhecimento recíproco e liberdade.

Considerando que Hegel pode ser colocado nas bases do comunitarismo e que Rawls é o legítimo representante do liberalismo político, o oitavo capítulo procura mostrar a possibilidade de um diálogo entre eles, apontando aspectos comuns, principalmente no que se refere ao tema das relações internacionais. A discussão sobre a prioridade do justo em relação às concepções comunitárias do bem é o núcleo central da controvérsia. O intuito é encontrar elementos nesses autores para a formulação e justificação de princípios da justiça, tanto para as sociedades nacionais quanto para a Sociedade dos Povos. Isso passa por uma análise e explicitação do conceito de povo dos dois autores. Requer igualmente um estudo comparativo quanto ao conteúdo dos princípios de justiça e suas aplicações às instituições políticas e sociais. Na medida em que o interesse recai sobre o Direito dos Povos, impõe-se um estudo comparativo sobre o direito de guerra e da conduta de guerra nos referidos autores. Com isso se pretende indicar que a busca dos princípios de justiça que deverão orientar essa conduta (Rawls), bem como as instituições políticas e sociais (Hegel), tem a História como fonte comum.

Investigar a apropriação rawlsiana do imperativo categórico de Kant é o assunto desenvolvido no nono capítulo. O intuito é entrar no mérito da distinção entre o procedimento do imperativo categórico e o procedimento da posição original, adotado pela "justiça como equidade". O capítulo procura explicitar e avaliar a interpretação das formulações do imperativo categórico kantiano, elaborado por

Rawls e investigar o âmbito do imperativo categórico enquanto procedimento de construção de normas morais.

O capítulo décimo procura mostrar que a distinção kantiana entre leis éticas e leis jurídicas, em sua Doutrina do Direito, a partir das leis morais, pode ser tomada como uma excelente chave de leitura para a discussão da fundamentação moral do liberalismo político rawlsiano. Além do mais, o debate entre liberais e comunitaristas, examinada por Forst, em *Contextos da Justiça*, pode ser considerada uma oportuna contribuição na delimitação do âmbito do ético, do jurídico, do político e do moral. Dessa forma, considerando a distinção kantiana e o acordo semântico expresso nos diferentes "contextos da justiça", pode-se sustentar uma fundamentação moral da concepção política de justiça de Rawls, mas não ética. A questão que, então, se impõe é: em que consiste propriamente essa fundamentação moral? A resposta passa pela explicitação da concepção normativa de pessoa e da concepção política de justiça, que envolve um estudo das reformulações dos seus princípios, do alcance do consenso sobreposto e de seu conteúdo, do tema da autonomia política e do conteúdo do mínimo existencial e dos bens primários.

O propósito do décimo primeiro capítulo é entrar na controvérsia entre liberais e comunitaristas no referente à concepção de justiça e sua fundamentação. Mais especificamente, o texto discute a crítica de M. Sandel ao liberalismo político de Rawls. Aponta vários equívocos daquele considerando os significativos esclarecimentos e reformulações por este, nos livros posteriores à publicação de *Uma Teoria da Justiça*. Comenta a crítica, feita por Sandel, do afastamento das questões morais, a controvérsia em torno da prioridade do justo em relação ao bem e a restrição do âmbito da razão pública.

No décimo segundo capítulo, o objetivo é apontar alguns aspectos que possam caracterizar o neocontratualismo da teoria da justiça de J. Rawls. O texto parte da colocação do problema de uma concepção política de justiça e aponta as condições de um procedimento justo tendo em vista um resultado justo. Analisa os princípios de justiça, explicitando os elementos constitucionais essenciais, com destaque à garantia da satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, o chamado "mínimo social", aqui denominado "mínimo existencial". Destaca a insuficiência deste para o exercício pleno da cidadania e salienta sua ampliação com

a ideia dos bens primários. Por fim, entra no debate atinente à prioridade do justo sobre o bem, evidenciando sua importância para possibilitar um acordo em torno de uma concepção política de justiça.

Explicitar em que medida a concepção política de justiça de Rawls atende aos requisitos da justificação pública é o assunto do décimo terceiro capítulo. A ideia é mostrar que isso somente é possível em virtude das reformulações de *Uma Teoria da Justiça* efetuadas pelo autor. Para atingir esse objetivo o texto analisa a concepção de justiça dentro das reformulações propostas e indica como elas atendem a justificação pública. Três assuntos, diretamente ligados a ela, são brevemente referidos: o equilíbrio reflexivo, o consenso sobreposto e a ideia de razão pública. O primeiro visa dar um destaque aos juízos bem-ponderados, considerando comparações e avaliações de alternativas possíveis. O segundo procura dar ênfase à necessidade de um fundamento comum para uma concepção política de justiça e, assim, favorecer a sua justificação. O terceiro procura salientar que os elementos constitucionais essenciais são o conteúdo específico da razão pública e, como tal, o núcleo central da justificação pública.

O objetivo do décimo quarto capítulo é justificar o direito de propriedade como direito fundamental individual e explicitar seu conteúdo. Locke, Hegel e Rawls são referidos como fontes históricas consagradas para esse intuito. Locke, pela tese de que o trabalho fundamenta a propriedade; Hegel, pela estreita vinculação entre propriedade e liberdade; Rawls, por ter enumerado a propriedade entre os direitos fundamentais que compõem o primeiro princípio de sua concepção política de justiça. Justifica-se, com isso, ser o direito de propriedade um elemento constitucional essencial.

O propósito do décimo quinto capítulo é apresentar Hobbes como um legítimo representante do jusnaturalismo. O argumento principal é baseado na concepção de liberdade desenvolvida no *Leviatã*. A admissão de leis naturais, como leis da razão, recoloca o problema da origem do conteúdo e da justificação das leis positivas. A impossibilidade da transferência dos direitos naturais na celebração do pacto e o preenchimento das lacunas do ordenamento jurídico (silêncio das leis) pelas leis naturais são indicados como fortes argumentos a favor do jusnaturalismo hobbesiano.

A virtude da justiça e os princípios da justiça são o objeto de estudo do último capítulo. O intuito é estabelecer uma estreita vinculação entre a virtude da justiça, enquanto qualidade moral da pessoa de direito, com os princípios da justiça, enquanto orientadores e fundamentadores das estruturas jurídicas e sociais. A construção e aplicação de princípios da justiça está diretamente relacionada às qualidades morais das pessoas envolvidas. Por isso que Rawls pressupõe uma concepção normativa de pessoa.

*Thadeu Weber.*

# 1. MORAL, DIREITO E JUSTIÇA EM KANT<sup>1</sup>

## Introdução

Qual é propriamente a relação entre direito e justiça? Quem define o que é justo e de quais critérios se vale? Qual é a relação entre moral e direito? Seria o direito positivo capaz de realizar a justiça ou não há nenhuma relação entre eles? Atualmente, essas são algumas de muitas questões que permeiam as maiores discussões e controvérsias envolvendo a Filosofia Política contemporânea.

Kant, certamente, é um dos autores modernos que mais se dedicou a esses assuntos e influenciou decisivamente o pensamento político e jurídico vigente. Os temas do direito e da justiça são centrais, notadamente, em sua *Metafísica dos Costumes*. A discussão central gira em torno da fundamentação moral do Direito. Se, por um lado, Kant distingue leis éticas e leis jurídicas e lhes atribui um fundamento comum – as leis morais –, isto é, defende um conceito moral do Direito, por outro, ignora essa base comum ao discutir o direito de equidade e o direito de necessidade. Assim, surge a questão: Por que reconhecer um direito e não assegurar sua efetivação? Se esses são reconhecidos como direitos, ainda que “duvidosos”, dentro do direito em sentido amplo, por que não assegurá-los a partir dos princípios do direito natural que, segundo o próprio Kant, orientam e dão conteúdo ao direito positivo? Esse é o foco básico desse capítulo.

### 1.1 Distinções preliminares

Algumas distinções conceituais são oportunas para entender a *Doutrina do Direito*, primeira parte da referida obra. Inicialmente é importante observar o título: *Princípios Metafísicos do Direito*. Há que se distinguir a metafísica do direito da “práxis jurídica empírica”. Ao propor uma metafísica, Kant está se referindo aos princípios *a priori* que orientam e dão conteúdo ao direito positivo, existente no

---

<sup>1</sup> Publicado na revista:  
<https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.05>. Revisado e ampliado para esta edição.

espaço e tempo. Tentativa análoga ocorre na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, só que em relação à moral. Nesta, o intuito é a determinação do princípio supremo de moralidade. Sendo *a priori*, esses princípios, tanto do Direito quanto da Moral, só podem originar-se da razão. Considerando que o direito positivo (as leis civis) enuncia o que é lícito ou ilícito, cabe à razão estabelecer, através de princípios, o critério a partir do qual se pode definir o que é justo ou injusto. Fixar esse critério é o propósito de uma "metafísica do direito". Kant a faz preceder por uma "introdução à metafísica dos costumes".

Para o que nos interessa quanto à doutrina do direito, importa explicitar os seguintes conceitos:

a) Arbítrio e desejo. Deve-se observar que quando falamos de relações jurídicas estamos tratando de arbítrios e não de desejos. Arbítrio é a consciência da capacidade de produzir determinado objeto e realizar determinado desejo; desejo é a mera "representação de um objeto determinado colocado como fim" (BOBBIO, 1969, p. 68; ver também BECKENKAMP, 2009). É a "faculdade (capacidade) de fazer ou deixar de fazer o que se tem vontade de fazer" (KANT, 1982, p. 316) e da maneira que se quer fazer. O arbítrio é a consciência da capacidade de alcançar o objeto desejado. Quando, portanto, se diz que a relação jurídica é uma relação de arbítrios estamos supondo tratar-se de "duas capacidades conscientes do poder que cada um tem de alcançar o objeto de desejo" (BOBBIO, 1969, p. 69).

A vontade, por sua vez, é a "faculdade de desejar" enquanto "fundamento de determinação do arbítrio para a ação" (KANT, 1982, p. 317). Ela é razão prática, na medida em que pode determinar o arbítrio. Vontade pura significa, pois, a capacidade de determinar imediatamente as ações, sem instâncias mediadoras, tais como as motivações empíricas. Só que a vontade o faz de acordo com princípios *a priori*, dados pela razão. O arbítrio, na medida em que é determinado pela razão pura, é arbítrio livre; enquanto determinado somente pelas inclinações, o arbítrio é bruto (*brutum*), próprio dos animais. Para que tenha valor moral, o arbítrio humano certamente pode ser "afetado" por estímulos sensíveis, mas não pode ser "determinado" por eles. Kant registra o aspecto positivo e negativo do arbítrio: o negativo refere-se à "independência de sua determinação por estímulos sensíveis" (KANT, 1982, p. 317); o positivo diz respeito à determinação da razão pura como

prática, isto é, que determina imediatamente a vontade. É a capacidade autolegisladora da razão. A vontade, por sua vez, não é livre nem não livre. Somente o arbítrio, considerando que dele provêm as máximas, pode ser livre.

b) Moralidade e legalidade: essa distinção já é amplamente discutida na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. No entanto, não se diferencia moral e ética e uma separação entre moral e direito parece estar claramente configurada. Pelo menos essa é a leitura que tradicionalmente é feita do filósofo de Königsberg. Na *Metafísica dos Costumes*, no entanto, a distinção entre moral e ética passa a ser decisiva e a fundamentação moral do direito entra em pauta. Diferentemente das leis naturais (que dizem o que é), as leis da liberdade são as leis morais (*moralisch*), na medida em que dizem respeito à autolegislação da razão e enunciam o que deve ser (cf. KANT, 1982, p. 318). Trata-se da moral em sentido amplo, na medida em que inclui a legislação prática<sup>2</sup>. Dessa forma, as leis morais (gênero) dividem-se em leis jurídicas e leis éticas (espécie). As leis jurídicas referem-se às ações "meramente externas" e a sua legitimação. É a liberdade externa. As leis éticas têm como fundamento de determinação das ações o respeito às leis. A conformidade das ações externas às leis jurídicas é a legalidade; a conformidade das ações às leis éticas é a moralidade (*Moralität*). Pela divisão apresentada, as leis jurídicas e as leis éticas são subclasses das leis morais<sup>3</sup>. Kant confere, assim, às leis jurídicas um estatuto moral. O imperativo categórico, enunciado pela razão, diz respeito a ambos, direito e ética.

É fundamental salientar que a demonstração de um conceito moral do direito passa por essa distinção entre moral e ética. "Na medida em que incidem apenas sobre as ações meramente externas e sua legalidade, as leis morais se chamam jurídicas; mas, se exigem também que elas sejam mesmo os fundamentos de determinação das ações, elas são éticas" (KANT, 1982, p. 318). Se quisermos sustentar um conceito moral do direito, é essencial observar o aspecto categórico da

---

<sup>2</sup> Sobre esse conceito amplo da moral, ver artigo de Ricardo Terra "A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana". Diz o autor que "moral em sentido amplo compreende a doutrina dos costumes englobando tanto o direito quanto a ética" (p. 50). Sobre a relação entre moral, ética e direito, embora não a partir de Kant, ver Forst, R. *Contextos da Justiça*, principalmente o segundo capítulo.

<sup>3</sup> Sobre esse assunto, ver os seguintes artigos: Guido Almeida, "Sobre o princípio e a lei universal do direito em Kant" p.215; Soraya Nour, "O legado de Kant à Filosofia do Direito", p.96; Joãozinho Beckenkamp, "Sobre a moralidade do direito em Kant", p. 68 e "O direito como exterioridade da legislação prática em Kant", p. 154.

legislação moral que se aplica tanto à legislação ética quanto à jurídica. Ambas decorrem de princípios práticos *a priori* da razão.

Pode-se observar que o que propriamente distingue uma legislação de outra é a motivação, os móbeis das ações ou a distinta maneira pela qual obrigam. Na legislação ética o móbil da ação é o dever, ao passo que na legislação jurídica a motivação é dada pelas inclinações ou aversões. Nesse caso a legislação é coercitiva. A legalidade, portanto, diz respeito à mera concordância ou não de uma ação com a lei, sem levar em conta seu móbil; a moralidade, por sua vez, refere-se à concordância da ação com a lei, tendo em vista a ideia do dever como móbil. O que caracteriza a legislação ética é a realização de ações simplesmente por serem deveres, fazendo do princípio do dever o “móbil suficiente do arbítrio” (KANT, 1982, p. 326). Na legislação jurídica os deveres são externos, pois não se exige o cumprimento do dever pelo dever. Esta é uma exigência própria da legislação ética. Nesta o fundamento de determinação do arbítrio do sujeito agente é o dever.

Se o fundamento é comum, não se trata, obviamente, de estabelecer uma oposição entre as duas formas de legislação. Se o que as distingue é a motivação das ações, temos que avaliar até que ponto um determinado tipo de motivação é suficiente. Segundo Kant, a legislação de que promessas devem ser cumpridas é própria do Direito e não da ética. A ética ensina que, em não havendo coerção externa, própria da legislação jurídica, como móbil para o cumprimento de promessas, a ideia do dever, por si mesma, é suficiente como motivação. Cumprir promessas ou contratos é um dever; é uma ordem da razão. O que move o seu cumprimento é o que distingue as duas formas de legislação. Podemos cumprir promessas feitas por coerção externa ou por respeito ao dever. A primeira (jurídica) é externa; a segunda (ética) é interna. Do ponto de vista da legislação jurídica, a legislação ética é insuficiente para motivar o cumprimento dos contratos. Considerando a “insociável sociabilidade” do homem, a legislação jurídica, mediante coerção externa, é o recurso do Estado para organizar a vida em sociedade como um sistema cooperativo, isto é, para fazer cumprir os ditames da razão. Na verdade, é a própria razão que autoriza outro móbil (externo) para fazer cumprir as obrigações decorrentes da legislação moral. Isso é autonomia. Os que se submetem às leis são os mesmos que participam de sua elaboração.



Uma metafísica dos costumes se impõe para estabelecer os princípios *a priori* de uma legislação universal, que pode ser ética ou jurídica, dependendo do móbil das ações. Ambas, no entanto, dizem respeito às leis da liberdade, portanto, às leis morais. Pode-se, então, falar de um conceito moral do direito. É fundamental salientar que o princípio da autonomia, isto é, a capacidade de se submeter às leis das quais se é autor ou que se possa dar o seu consentimento, é comum às duas formas de legislação. Tanto no direito quanto na ética há uma mútua imbricação entre liberdade e a lei a qual se obedece. Liberdade implica na prescrição da lei para si próprio.

c) Pessoa e personalidade moral: a ideia de pessoa implica em ações passíveis de imputação (cf. KANT, 1982, p. 329); a personalidade moral indica sujeição da liberdade de um "sujeito racional" às leis morais. Pessoa é o sujeito com qualidades morais: a racionalidade e a razoabilidade. Estas capacidades significam que a pessoa está apta para "ouvir a voz da razão" e está disposta a escutar e levar em consideração a razão dos outros. O racional e o razoável implicam em "sensibilidade moral e uma capacidade de juízo moral" (RAWLS, 2005, p. 191). Essas capacidades estão pressupostas na filosofia prática de Kant; são condições de sua possibilidade. Para ser passível de imputação pressupõe-se competência ético-jurídica. Dessa forma, personalidade moral importa na ideia de autonomia e, por isso, só ela tem dignidade. Significa que a pessoa está submetida àquelas leis que ela se dá, tanto jurídicas quanto éticas. Essa capacidade de justificar suas regras de ação mediante princípios é o que confere dignidade à pessoa humana. Enquanto capacidade de ter boa vontade é que a personalidade moral "nos faz fins em nós mesmos e determina a condição de sermos membros do reino dos fins" (RAWLS, 2005, p. 241). Kant busca, em sua filosofia prática, o autoconhecimento, ou seja, conforme comenta Rawls, "um conhecimento do que desejamos enquanto pessoas providas das faculdades da razão livre teórica e prática" (RAWLS, 2005, p. 171). Se pessoa é o sujeito com qualidades morais, pessoa de direito é a portadora de direitos; é "sujeito do direito" (FORST, 2010, p. 38).

## 1.2 O conceito do Direito

A definição kantiana do Direito refere-se à ideia de justiça. A discussão passa, então, a girar em torno do que é o justo. Temos de ter presente que a doutrina do direito do autor distingue claramente o direito natural do direito positivo. O primeiro trata dos princípios *a priori*, originários da razão. Refere-se ao imperativo categórico do Direito. O segundo trata das leis positivas, originárias do legislador. Estas são as que existem empiricamente; se constituem pelas leis de um determinado espaço e tempo e cuja fonte é o direito natural. Dessa forma, para não incorrer em falácia naturalista, fica claro que a definição do que é justo/injusto não pode ser estabelecida a partir do direito positivo. Não se pode partir do que é para o que deve ser. Para definir o direito como justiça (uma espécie de dever ser) deve-se abandonar o empírico e recorrer à razão. Isso mostra que o direito natural é o fundamento racional do direito positivo. É o imperativo categórico do Direito que enuncia o critério de justiça e é dele que derivam as leis positivas. Os princípios de justiça que orientam o direito positivo (tanto o privado como o público) são determinados ou derivados do direito natural.

A razão é, portanto, a fonte da justificação das regras de ação. Estas deixam de ser arbitrárias quando justificadas pelos princípios, proclamados pela razão. A experiência diz o que é, mas não o que deve ser. O direito positivo pode dizer o que "dizem ou disseram as leis em certo lugar e tempo", isto é, o que é lícito ou ilícito, mas não se é justo ou injusto. Aliás, ele (o direito positivo) diz o que é lícito/ilícito em relação ao justo/injusto. Para dizer o que é justo e determinar o "critério universal" mediante o qual se pode definir o justo ou o injusto, é preciso abandonar o nível da experiência e recorrer à razão. Soraya Nour comenta: "o direito positivo deve encontrar seu critério de justiça e seu fundamento no direito natural" (NOUR, 2004a, p. 5). Em outro texto destaca: "se, por um lado, o direito positivo deve buscar seu fundamento no direito natural, por outro, uma comunidade não pode ser governada apenas pelo direito natural, e sim pelo direito positivo que o direito natural deve fundar" (NOUR, 2004a, p. 94).

Elaborar um critério de justiça para a legislação positiva é o intuito fundamental da doutrina do direito. O direito natural (a razão) trata dos princípios; o

direito positivo das leis. Estas dizem o que é lícito, aqueles estabelecem o critério de justiça. Isso indica que a fundamentação do jurídico é a moral. Só a razão pode fornecer "os princípios imutáveis de toda legislação positiva" (KANT, 1982, p. 336).

A "inversão copernicana" também deve ser aplicada à doutrina do direito. É o problema do transcendental. A revolução metodológica realizada pelo autor na *Crítica da Razão Pura* delinea toda a sua filosofia. O *a priori* somente é possível na razão (sujeito) e não no objeto. Dessa forma, o fundamento de uma legislação positiva só pode ser estabelecido pela razão, uma vez que tem validade apriorística. "Uma doutrina do direito meramente empírica é [...] uma cabeça, que pode ser bela, mas infelizmente não tem cérebro" (KANT, 1982, p. 337). Kant, desse modo, faz uma dedução transcendental do direito. O cérebro de uma doutrina empírica do direito, nesse caso, é o direito natural.

Isso reporta aos elementos constitutivos do conceito do Direito:

1. O Direito refere-se às relações externas entre as pessoas e não às suas motivações internas.

2. O Direito se constitui na relação de arbítrios e não de desejos. Em uma relação jurídica é preciso que o arbítrio de um esteja relacionado com o arbítrio de outro e não com o desejo de outro. A relação jurídica é uma relação de capacidades conscientes, de alcançar os objetivos desejados. Em uma relação de compra e venda, por exemplo, o arbítrio do comprador deve encontrar-se com o arbítrio do vendedor e não com o seu mero desejo.

3. O Direito não se preocupa com a matéria do arbítrio, mas com a forma do mesmo. Na relação de dois arbítrios não são relevantes os fins subjetivos ou as intenções que movem as vontades dos sujeitos agentes. O importante é a forma do arbítrio, isto é, na medida em que é livre. Importa saber se a ação de determinada pessoa é ou não um obstáculo à liberdade de outra, de acordo com uma lei universal. Bobbio, interpretando Kant, diz que:

O Direito, na regulação de uma relação de arbítrios, não se preocupa em estabelecer quais sejam os fins individuais, utilitários, que os dois sujeitos pretendem, os interesses que estão em pauta, mas somente em prescrever a

forma, ou seja, as modalidades através das quais aquele fim deve ser alcançado e aqueles interesses, regulados (BOBBIO, 1969 p. 69).

Desse modo, na regulação dos contratos de compra e venda, o Direito se preocupa tão somente com as condições formais dentro das quais eles devem ser cumpridos e não com os interesses e as vantagens de vendedor e comprador. O Direito é mais regulador do que emancipador: esse é o chamado formalismo kantiano que, segundo alguns, vai inspirar o formalismo jurídico (BOBBIO, 1969, p. 70). Dar ênfase ao caráter formal significa que tanto o Direito quanto a Ética não prescrevem o que é ou o que se deve fazer, mas *como* se deve proceder. O imperativo categórico, tanto do Direito quanto da Ética, indica basicamente um procedimento. Esse é o procedimento do imperativo categórico, para usar a expressão de Rawls (RAWLS, 2005, p. 188), uma fórmula que não enuncia conteúdo, mas que se aplica a qualquer conteúdo moral, seja ético ou jurídico. A partir disso, pode-se definir o Direito como "o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de outro, segundo uma lei universal da liberdade" (KANT, 1982, p. 337).

Assim observa-se que: a) trata-se do conjunto das condições, portanto, de aspectos formais e não de interesses pessoais ou intenções; b) trata-se da relação de arbítrios e não de desejos; c) trata-se da obediência à lei da liberdade, lei esta que determina os limites do exercício de cada arbítrio, tendo em vista a compatibilidade das ações. É isso que diz a lei universal do direito: "age externamente de tal maneira que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir (estar de acordo) com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal" (KANT, 1982, p. 338). Esta é uma lei da razão, que estabelece o critério de justiça e de injustiça das ações. É também o imperativo categórico do Direito, onde fica clarividente a ideia da coexistência das liberdades externas e a irrelevância das motivações internas do sujeito agente, distinguindo-se exatamente nesse ponto a legislação jurídica da legislação ética.

O que é, então, uma ação justa? Para Kant "uma ação é justa, quando por meio dela, ou segundo a sua máxima, a liberdade do arbítrio de um pode coexistir com a liberdade de qualquer outro, segundo uma lei universal" (KANT, 1982, p. 337). Nesse ponto, é importante salientar que a ênfase de Kant em toda a doutrina do direito refere-se à ideia de justiça como liberdade ou, mais precisamente, a ideia de justiça

como coexistência de liberdades externas. Assim, se uma ação que pode coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal for impedida por alguém, estará caracterizada a injustiça. A coexistência de liberdades de acordo com leis universais é o critério de justiça, logo, colocar obstáculos ao livre exercício das liberdades externas é cometer uma injustiça. É isso que diz o imperativo categórico do direito, originário da razão (direito natural). Se, por um lado, é injusto colocar impedimentos à liberdade do outro, por outro, é justo colocar um impedimento ao obstáculo de alguém à minha liberdade. Por consequência, exercer uma coerção sobre alguém que representa um obstáculo à liberdade segundo leis universais é justo. Isto posto, é justo coagir alguém que é injusto.

Essa é a função das leis jurídicas. O Direito exerce a função de criar impedimentos aos obstáculos da liberdade, estando autorizado para isso, uma vez que “tudo o que é injusto é um impedimento para a liberdade segundo leis universais” (KANT, 1982, p. 338). Trata-se de um critério fundamentalmente formal, pois não diz o que é propriamente justo, todavia indica o procedimento mediante o qual se realiza a justiça. Dessa forma, o direito positivo terá que garantir o exercício dessas liberdades; deverá estabelecer limites determinando o que é lícito ou ilícito, tendo em vista o critério de justiça. O Direito, portanto, está autorizado para coagir, ainda que seja uma coerção externa, e nisso se distingue da legislação ética. Daí ser muito apressado concluir, por um lado, para qualquer forma de positivismo jurídico e, por outro, para qualquer tipo de liberalismo.

### 1.3 A superação do formalismo?

Uma das críticas comuns feitas a Kant diz respeito ao seu excessivo formalismo, seja do ponto de vista ético seja do ponto de vista jurídico<sup>4</sup>. Hegel o acusa de cair num “vazio formalismo”, como decorrência da separação indevida entre forma e matéria de um princípio ou de uma lei. Para esse, um princípio ético é

---

<sup>4</sup> Soraya Nour chama a atenção para esse equívoco de interpretação em “O legado de Kant à Filosofia do Direito”, v.3, p.91-103, São Paulo, UNINOVE, 2004.

resultante da determinação e mediação das vontades livres dos sujeitos agentes, o que se constitui de historicidade e temporalidade<sup>5</sup>.

Mas e o positivismo jurídico, tido como de forte influência nos neo-kantianos do direito, tal como Kelsen, que escreve uma *Teoria Pura do Direito*? Terão eles razão ao verem em Kant uma separação entre moral e direito ou não distinguem devidamente ética e moral? O que significa dar ênfase à forma da lei? Como vimos, há certamente, em Kant, uma distinção entre legislação ética e legislação jurídica, mas, pelo visto até aqui, parece não haver uma separação entre moral e direito.

Dará a distinção entre direito estrito e direito em sentido lato, feita no "apêndice à introdução à doutrina do direito", ao referir-se ao "direito equívoco", alguma luz às questões colocadas? Ou essa distinção trará ainda mais margem às divergências nas interpretações referentes à moral e ao direito?

Ao sustentar que no direito estrito todo direito vem "acompanhado da faculdade de obrigar", Kant mostra que há um outro direito, no "sentido lato", onde essa faculdade não ocorre. Ao definir o primeiro (direito estrito) como sendo "aquele que não exige outros fundamentos de determinação do arbítrio a não ser os meramente externos", o distingue claramente da ética, tendo em vista que na sequência afirma que o direito estrito "é aquele em que não se mescla nada de ético" (*dem nichts Ethisches beigemischt ist*) (KANT, 1982, p. 339), sendo por isso "puro". Ao dizer que o direito estrito é puramente externo, o autor salienta que ele não tem por base de motivação do arbítrio a consciência da obrigação segundo a lei. O direito fundamenta-se "no princípio da possibilidade de uma coação externa, que pode coexistir com a liberdade de qualquer um segundo leis universais" (KANT, 1982, p. 339). Assim, do ponto de vista do direito estrito, não é a consciência do cumprimento do dever que obriga um devedor ao pagamento de uma dívida, mas a coerção segundo uma lei externa. No que se refere, portanto, ao direito estrito não saímos de uma doutrina pura do direito, uma vez não contém nada de ético. Mas como entender, então, que seu critério de justiça é moral? É preciso salientar, mais uma vez, que quando falamos de uma base comum entre moral e direito estamos nos referindo à moral em sentido amplo, no sentido de legislação prática. A diferença, então, se dá

---

<sup>5</sup> Não entro aqui na crítica de Hegel ao formalismo da moral, pois já foi objeto de outro livro meu. Ver *Ética e Filosofia Política: Hegel e o formalismo kantiano*, capítulos 3 e 4. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

entre direito e ética. A distinção agora é entre direito em sentido estrito e direito em sentido amplo.

Se ao direito estrito está ligada a autorização para coagir, no direito em sentido lato (*ius latum*) essa autorização "não pode ser determinada por uma lei" (KANT, 1982, p. 341): é o caso do direito de equidade e do direito de necessidade (*Notrecht*). No primeiro temos "um direito sem coerção" (*Recht ohne Zwang*) e no segundo uma "coerção sem direito" (*Zwang ohne Recht*) (KANT, 1982, p. 341). Em outras palavras: pela equidade admite-se um direito que não pode obrigar; pela necessidade coloca-se uma exigência sem direito. Concretamente, embora sejam "casos de direito duvidoso", como se dá a relação entre moral e direito? Pela equidade se reconhece um direito, embora estejam ausentes as condições formais requeridas pelo judiciário para efetivá-lo. Há, dessa forma, um direito que não é assegurado. Pela equidade, aquele que investiu e produz mais em uma determinada empresa deveria poder exigir um retorno maior, em caso de acidente com grandes perdas. No entanto, pelo direito estrito, esta exigência não pode ser atendida: o que importa são as cláusulas contratuais. Outro bom exemplo para ilustrar é o do salário corroído pela moeda inflacionada, o qual mostra o contrato de trabalho previamente assinado como critério. É notório que nesse caso as circunstâncias externas modificaram as condições do contrato e sua execução acaba por lesar uma das partes, o que se encontra em choque com a equidade e o direito de não ser prejudicado. Assim, em ambos os exemplos temos a justiça entendida de maneira formal e abstrata.

Kant reconhece a "contradição" do "tribunal da equidade", todavia não considera a equidade como direito a ser efetivado pelo direito estrito, embora seja um direito presumido pelo direito em sentido lato. Pela equidade há um direito por parte do assalariado, mas que para a sua efetivação não existe coerção possível, pois, o "tribunal" não decide com base na equidade e, sim, com base no direito estrito (justiça abstrata). Dessa maneira é um direito sem coerção. Mas por quê? Porque não há "condições definidas segundo as quais o juiz deveria se manifestar" (GOMES e MERLE, 2007, p. 140). A equidade, para Kant, é um direito em sentido amplo e não em sentido estrito. Quando ele diz que "o ditado da equidade" é o de que "o mais estrito direito é a maior injustiça" (KANT, 1982, p. 342) e que esse mal não pode ser remediado pela via judicial, ele certamente desvincula o direito formal da justiça e

não considera a efetivação da equidade, embora a reconheça como um direito. Dessa maneira, há um recurso a uma concepção de justiça no nível moral (dado pela razão), mas não assegurada pela via jurídica, pois diz que nesses “casos duvidosos” (equidade e necessidade) “não pode ser encontrado um juiz” (*Richter*) para a tomada de decisão (KANT, 1982, p. 341).

Como então sustentar um conceito moral do direito? A lei jurídica não deveria, exatamente, garantir o conteúdo da lei moral, isto é, a justiça? Ou os dois casos (equidade e necessidade) por serem “anômalos”, para usar a expressão de Bobbio, ou situações de um “direito duvidoso”, devem ser desconsiderados na relação moral e direito? Todavia, se são direitos em sentido amplo, não é exatamente nesses casos que precisamos da interpretação e das decisões de juízes? De que critérios estes se valeriam? Isso nos reporta aos princípios enunciados pela razão, portanto, ao direito natural.

É precisamente nos *hard cases* (casos difíceis) que se deve recorrer aos princípios. É então um engano pensar que no direito decorrente da equidade “faltam as condições requeridas pelo juiz”, pois isso significa reduzir a sua atuação ao direito estrito. Entretanto, ele deve dizer o direito, sobretudo nos casos difíceis. Quando a aplicação do princípio do precedente conduz a consequências injustas, o recurso à equidade é “um recurso do juiz contra a lei” (PERELMAN, 2005, p.163). O juiz pode e deve recorrer aos princípios da justiça com o propósito de assegurar esse direito e deve fundamentar e justificar suas escolhas. No entanto, segundo Kant, um tribunal sempre decidirá pela justiça abstrata (formal), e não pelo direito de equidade. Isso indica a insuficiência da legislação jurídica para realizar a justiça e dá margem à leitura de uma separação indevida entre moral e direito, contradizendo a introdução à doutrina do direito acima referida.

A distinção entre princípios e regras nos ensina que quando a aplicação de regras trazer consequências injustas, deve-se recorrer aos princípios que as fundamentam. Estes não são extralegais, conforme sustenta Dworkin (2002). Assim, o recurso à equidade poderia justificar a não-aplicação de uma lei com consequências injustas, ainda que seja um caso de direito duvidoso. Perelman escreve com acerto: “desejamos, de fato, que o ato justo não se defina simplesmente pela aplicação correta de uma regra, seja ela qual for, mas pela aplicação de uma



regra justa" (PERELMAN, 2005, p. 167). Assim percebemos que Kant reconhece o direito de equidade, mas não o contempla na efetivação do direito estrito. Diz claramente que "o juiz não pode sentenciar de acordo com condições indeterminadas" (KANT, 1982, p. 342). Logo, o juiz, no caso da equidade, não pode fazer justiça. Ele decide de acordo com a lei, a qual aqui tem consequências injustas. Diante disso, não parece haver sentido em falar em direito à equidade, já que não tem eficácia, pois pelo direito estrito não se pode assegurá-lo. Se pelo direito estrito não se pode assegurar o direito à equidade, uma vez que pertence ao direito em sentido amplo, dever-se-ia fazê-lo pelos princípios morais, já que fundamentam as leis jurídicas. É o próprio Kant que escreve: "Pois se perece a justiça, não tem mais nenhum valor que existam homens sobre a terra" (KANT, 1982, p. 453)<sup>6</sup>. Por que, então, recorre ao direito estrito, mediante o qual não se resolve o problema? O critério passa a ser a lei e não a justiça.

Era de se esperar que a distinção entre direito em sentido estrito e direito em sentido lato trouxesse um encaminhamento para além do meramente legal (jurídico), ou seja, que se buscasse nos princípios da razão uma forma de fazer justiça. Para Bobbio, no caso da equidade aplicada ao exemplo da moeda inflacionada, existem dois direitos concorrendo: um, segundo a justiça (abstrata) e outro, segundo a equidade, afirmando que Kant opta pela prevalência do primeiro (BOBBIO, 1969, p. 80). O problema está exatamente aí: considerar como justa a aplicação de uma lei com consequências injustas. Como positivista que é, Bobbio simplesmente endossa Kant. Por um viés hegeliano poder-se-ia dizer que o problema está na concepção apriorística de justiça formal ou na validade apriorística da lei. Esse é o problema do formalismo.

O imperativo categórico é, por excelência, um princípio metafísico do Direito e que define o critério de justiça. Ao afirmar que o "o mais estrito direito é a maior injustiça", o autor está se valendo desse critério enunciado pela razão e não pelo direito positivo. Todavia, ao admitir que esse mal não possa ser remediado pela via judicial, parece ignorar a fundamentação moral do direito. É exatamente nos casos duvidosos que devemos abandonar as regras e recorrer aos princípios a fim de evitar

---

<sup>6</sup> "Den, wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Wert mehr, dass Menschen auf Erden leben".

consequências injustas. Ao “jogar” o direito de equidade para o tribunal da consciência, desvincula o direito propriamente dito (estrito) da justiça, isto é, dos princípios do direito natural enunciados pela razão.

Já o caso do direito de necessidade é mais emblemático. Kant o define como um “suposto direito”, que autoriza alguém para, no caso de extremo perigo de perda de própria vida, poder tirar a vida de alguém, ainda que este alguém não lhe tenha feito mal algum (KANT, 1982, p. 343). É o famoso caso dos dois naufragos que se seguram num pedaço de madeira que não os suporta. A necessidade de empurrar o outro é o caso de sobrevivência de um deles. O que autoriza o ato de violência é o direito de necessidade. Nesse “ato de autopreservação”, sustenta o autor, certamente há culpa, embora esse ato não possa ser punido. Daí Kant incorporar o “ditado do direito de necessidade”: “a necessidade não tem lei” (*Not hat kein Gebot*) (KANT, 1982, p. 343). A necessidade é uma exceção. Se nesse caso não pode haver lei que obrigue uma ação ou a proíba, não pode haver lei que puna um ato resultante do exercício do direito de necessidade. A necessidade pode tudo, no sentido de se estar autorizado. Só que Kant acrescenta: “[...] mesmo assim, não pode haver necessidade que tornasse legal o que é injusto” (KANT, 1982, p. 343).

Mas o que, nesse caso, é injusto? Empurrar alguém de um pedaço de madeira que os segura para salvar a própria vida? Punir alguém em virtude desse ato? Kant dá a entender que um ato resultante do estado de necessidade pode ser qualificado de injusto, ainda que não possa ser punido e que isso não significa que se possa legalizar uma injustiça só por ser originária de uma necessidade extrema. Punir seria injusto. Além disso, não há lei que autorize a matar alguém para salvar a própria vida. Isso é próprio do estado de necessidade, que Hegel chamará de “direito de emergência”. Por isso, não pode haver lei penal que puna uma ação originária do estado de necessidade. Neste estado a “autorização para coagir não pode ser estabelecida por uma lei” (KANT, 1982, p. 341). Mas é justo matar alguém para defender a própria vida? Ou é apenas lícito? Ora, ser lícito não significa ser justo; significa apenas estar autorizado. Talvez a questão devesse ser colocada de outra forma. É lícito (*Erlaubt*) fazer uso de todos os meios disponíveis para a autoproteção. Aqui a intenção não é matar, mas a autodefesa, ainda que a consequência seja a morte de alguém. Se como lícita entende-se “uma ação que não é nem ordenada

nem proibida", seria ela uma ação "moralmente indiferente", tendo em vista que não há lei restritiva da liberdade? (KANT, 1982, p. 329). À primeira vista, parece que Kant não admitiria essa possibilidade.

Não se pode esquecer que Kant dá ênfase às condições de responsabilidade subjetiva, embora aí esteja também sua insuficiência, onde propõe uma ética das intenções, mas não da responsabilidade objetiva. Na verdade, Kant não refere o direito da legítima defesa, pois fala da autorização para fazer um mal a quem "não fez um mal" e nem representa uma ameaça. Entretanto, pelo direito de necessidade a conclusão parece óbvia: ao afirmar que a necessidade não pode tornar legal algo injusto, Kant parece não admitir a possibilidade da lei injusta, a qual, portanto, caberia desobediência. Mas, mais do que isso, está dizendo que a necessidade não precisa de lei, e mesmo que houvesse necessidade prevista em lei, esta não poderia legalizar uma injustiça como, por exemplo, penalizar um ato praticado em estado de necessidade. Nesse contexto compreende-se por que Kant não admite o direito de resistência (a desobediência civil)<sup>7</sup>.

Diante disso, parece não haver propriamente uma superação do formalismo, tendo em vista que nem nos casos de direito duvidoso se amplia o espectro de decisões. O autor permanece preso ao estritamente previsto pelo direito positivo. Além do mais, quando se introduzem os conceitos de razão e de justiça, permanece certa ambiguidade na doutrina do direito kantiana. O autor diz claramente que nos casos de equidade e necessidade "o que cada um reconhece com boas razões como justo por si mesmo, pode não ser confirmado por um tribunal e aquilo que ele mesmo deve julgar injusto em si pode conseguir absolvição perante um tribunal" (KANT, 1982, p. 344). Todos consideram como justo que se corrija um salário corroído por uma moeda inflacionada. Contudo, o juiz não tem disposições legais para efetivar este direito, uma vez que deve zelar pelo cumprimento do contrato de trabalho. O problema do direito positivo, portanto, não é a justiça e sim o cumprimento da lei (o que pode ter consequências injustas).

---

<sup>7</sup> Sobre a negativa do direito de resistência, ver *Metafísica dos Costumes* (Doutrina do Direito) (Kant, 1982, p. 439). Saliente-se que para o autor não é permitida uma "resistência ativa", mas apenas uma "resistência negativa" (Kant, 1982, p. 441).

Todos dirão que é injusto o empregador que apenas paga o salário acordado, mas que perdeu seu poder aquisitivo por causa da inflação. Dirão também que é injusto o judiciário que não reconhece o direito de equidade do trabalhador. Embora Kant diga que do ponto de vista da equidade “o direito estrito é a maior injustiça”, nem com o direito em sentido lato resolve o problema da injustiça. Era de se esperar que não só fosse reconhecido o direito de equidade, mas também efetivado. Surpreendentemente trata-se de uma “divindade muda [a equidade], que não pode ser ouvida” (KANT, 1982, p. 342). Era de se esperar que nos casos duvidosos o recurso à equidade tivesse o intuito de mostrar a insuficiência da justiça formal e indicar a necessidade do recurso ao direito natural. Não há, então, uma incoerência com a fundamentação moral do direito? Além do mais, do ponto de vista jurídico, o acordo entre empregado e empregador poderia ter previsto uma atualização monetária caso houvesse uma depreciação do dinheiro, na execução do contrato (GOMES e MERLE, 2007, p.136). As prescrições do contrato, nesse caso, não são justas, enquanto as de equidade, o sejam. Para Perelman, “a equidade pode prevalecer sobre a segurança, e o desejo de evitar consequências iníquas pode levar o juiz a dar nova interpretação da lei, a modificar as condições de sua aplicação” (PERELMAN, 2005, p. 166). Considerar a equidade na aplicação da lei é um recurso para evitar as consequências injustas do “ato formalmente justo”. A regra da justiça segundo a qual situações semelhantes devem ter tratamento semelhante, o que se pode chamar de regra de justiça formal, implica em previsibilidade, todavia nem sempre suficiente para as necessidades da justiça.

Seria o caso do direito de necessidade diferente? O fato de não punir atos praticados nessa situação mostra que o direito reconhece exceções à lei, em situações de extrema necessidade. Nesse caso, não se comete uma injustiça, embora o assassinato seja por definição uma injustiça. É o mesmo caso que prevê o direito de mentir para a defesa de um inocente, ainda que dizer a verdade seja um preceito fundamental do Direito. O estado de necessidade justifica uma exceção. Na verdade, a exceção deixa de ser tal quando a sua máxima puder ser universalizada, ou seja, passar pelo teste da universalização. Assim, mentir para proteger um inocente está justificado e, portanto, é legal e eticamente correto. No entanto, ao admitir a culpa no estado de necessidade, mas não a punição, Kant permanece preso

à ideia de justiça puramente formal e abstrata. Não reconhece a justiça dos atos praticados em estado de necessidade, uma vez que não exime de culpa, ainda que não preveja punição. Ora, tais atos não são passíveis de culpa, muito menos de punição. Nesses casos, não se deveria recorrer aos princípios, tendo em vista as consequências injustas da aplicação das regras do direito positivo?

Embora se possa sustentar um conceito moral do direito na “introdução à doutrina do direito”, no apêndice da mesma o filósofo de Königsberg parece dar, nos casos de equidade e de necessidade, margem à interpretação de uma independência entre moral e direito e, assim, ficar preso ao formalismo jurídico, isto é, a uma doutrina pura do direito. É curioso que Kant faça a distinção entre direito estrito e direito em sentido lato, onde trata da equidade e do direito de necessidade (casos de direito duvidoso), e apresente uma solução para esses casos a partir do direito estrito (positivo formal). Por que, então, falar em direito em sentido lato? Não se trata de direitos duvidosos. Tanto o direito de equidade quanto o de necessidade são direitos líquidos e certos, ainda que em situações concretas nem sempre seja fácil qualificá-las como tais.

### **Considerações finais**

Na introdução da *Doutrina do Direito* pode-se efetivamente falar em conceito moral do direito. Isso não é claro na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* e na *Crítica da Razão Prática*. A legislação jurídica e a legislação ética têm como base comum as leis morais, o que as distingue é a diferente motivação (móbil). No entanto, a distinção entre direito em sentido estrito e direito em sentido amplo não contribuiu para fornecer elementos de garantia de efetivação do direito de equidade e o direito de necessidade. Dessa maneira, Kant permanece preso ao formalismo do direito positivo.

Qual é então o sentido dessa distinção. Pela equidade se reconhece um direito, mas que não é direito, pois não é efetivável pela legislação positiva. Ora, se os princípios do direito natural dão conteúdo ao direito positivo, conforme claramente sustentado na referida introdução, por que não buscar nessa fonte a justificação e efetivação dos referidos direitos? Os princípios não são extralegais, como querem os

positivistas, mas são constitutivos da ciência normativa do Direito. Se os referidos direitos são efetivamente direitos reconhecidos, é preciso encontrar uma forma de assegurá-los juridicamente, tendo por base os princípios da razão, fonte da justiça. A não-definição das condições do ponto de vista jurídico para efetivar aqueles direitos, mostra que não é possível fazer leis para tudo. Por isso, é na ausência delas que os princípios devem ser arrolados. Ao reconhecer o ditado de que “o mais estrito direito é a maior injustiça”, Kant pressupõe uma concepção de justiça expressa pelos princípios racionais, uma vez que são estes que dão conteúdo ao direito positivo. Assim, é possível encontrar uma solução para os problemas da efetivação dos direitos de equidade e de necessidade a partir da fundamentação moral do direito, expressa na doutrina do direito do filósofo de Königsberg, coisa que ele não fez. Dessa forma, não aplicar as regras formais, mesmo a regra do precedente, em vista das consequências injustas, aponta para a supremacia do justo sobre o legal e mostra claramente que este (o legal) não é critério de justiça.

Temos na introdução da *Doutrina do Direito* um problema metodológico. O autor defende uma concepção moral do direito apontando os princípios da razão como orientadores para o direito positivo; reconhece os direitos de equidade e de necessidade, todavia não assegura sua efetivação, pois reconhece direitos que não são direitos, isto é, que não têm eficácia. O problema está justamente em defender uma concepção moral do direito e não se valer dela para garantir direitos tacitamente reconhecidos.

O imperativo categórico do direito “age exteriormente de tal maneira que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal” é uma fórmula que não indica nenhum conteúdo. Tampouco diz o que é justo, só enuncia como se deve proceder para que uma ação seja justa. Dessa maneira, indica, apenas, um procedimento.

Um dos problemas que, então, se coloca é saber se podemos falar em contradição apenas formal. Dessa forma, ou se pressupõe uma lei que diz o que deve ser feito e então o princípio universal do direito não diz nada de novo, ou cai-se num vazio formalismo, tal como imperativo categórico da ética. Esse é um aspecto central da crítica de Hegel a Kant. Haveria uma separação indevida entre forma e matéria.

Uma noção de justiça formal e abstrata parece não dar conta dos direitos de equidade e de necessidade.

A crítica de Hegel, no entanto, é objeto de muitas controvérsias. Teria ele considerado suficientemente todas as formulações do imperativo categórico? O conceito de contradição diverge muito da concepção kantiana.

## Referências

- ALMEIDA, Guido. Sobre o princípio e a lei universal do Direito em Kant. IN: *KRITERION*, Belo Horizonte, nº 114, dez 2006, p. 209-222.
- BECKENKAMP, Joãosinho. Sobre a moralidade do Direito em Kant. *Ethic@*, Florianópolis, v. 8, nº 1, p. 63-83, junho de 2009.
- \_\_\_\_\_. O Direito como exterioridade da legislação prática em Kant. *Ethic@*, Florianópolis, v. 2, nº 2, p. 151-171, dez. 2003.
- BOBBIO, N. *Direito e Estado no Pensamento de Kant*. Brasília: UNB, 1969.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GOMES, Alexandre; MERLE, Jean-Christoph. *A Moral e o Direito em Kant*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2007.
- FORST, Rainer. *Contextos da Justiça*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.
- KANT, I. *Die Metaphysik der Sitten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982.
- KANT, I. *Kritik der Praktischen Vernunft / Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, Band VII, 1989.
- PATON, H. J. *The Categorical Imperative*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1971.
- PERELMAN, C. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- NOUR, Soraya. *À Paz Perpétua de Kant: Filosofia do Direito Internacional e das Relações Internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.
- \_\_\_\_\_. O legado de Kant à Filosofia do Direito. v. 3, p 91-103. São Paulo: UNINOVE, 2004.
- RAWLS, J. *História da Filosofia Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SALGADO, J. C. *A ideia de justiça em Kant – seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: editora UFMG, 1986.

TERRA, Ricardo. A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana. IN: *Filosofia Política 4*, Porto Alegre: LPM, 1987.

TUGENDHAT, E. *Lições sobre Ética*. Petrópolis: Vozes, 1997.

WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia Política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.



## 2. O DIREITO DE NECESSIDADE (NOTRECHT) COMO DIREITO DE DIGNIDADE: UMA COMPLEMENTARIDADE ENTRE KANT E HEGEL<sup>1</sup>

### Introdução

Não há dúvida de que as leis, sejam morais ou positivas, existem para serem obedecidas. No entanto, quando as consequências dessa obediência acarretam graves injustiças ou quando situações imprevisíveis ocorrem, coloca-se o problema dos limites dessa obediência. Esse capítulo integra os temas da dignidade humana, direitos fundamentais e autonomia, cujo objetivo é procurar explicitar seu conteúdo e indicar suas formas de realização.

Como vincular legalidade e moralidade com diferentes contextos, fazendo as devidas distinções? Quando o assunto é deveres morais, até que ponto são permissíveis exceções? O debate em torno dessa questão se torna central quando se discute o princípio fundamental do agir humano em Kant – o imperativo categórico – e o direito de moralidade em Hegel. Afinal, a lei moral permite exceções ou tem ela validade apriorística? A lei vale, ou pode não valer, em determinadas circunstâncias? O dever de dizer a verdade vale independentemente do contexto? Pode-se estabelecer uma complementaridade entre as teses dos dois pensadores alemães? Essas são algumas das muitas questões suscitadas por essa temática e as tentativas de responde-las tem provocado calorosos debates, onde liberais e comunitaristas divergem em suas respostas. Os primeiros dão ênfase à prioridade dos direitos fundamentais, independentemente do contexto, já os segundos priorizam as concepções comunitárias do bem, vinculadas ao contexto, perante os direitos individuais.

Esse texto examina tais pontos em três tópicos. Primeiramente, apresenta e discute o direito de necessidade de Kant, acentuando seu fundamental formalismo. Em seguida, desenvolve a interpretação hegeliana do direito de necessidade, chamando a atenção para a importância de situá-lo no contexto do direito de moralidade. Por fim, estabelece um diálogo entre Kant e Hegel, tendo por objetivo confrontar as soluções dos autores no referente ao direito de necessidade, aspecto

---

<sup>1</sup> Publicado na revista: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/612>. Revisado para esta edição.

específico da filosofia do direito de ambos, visando apontar suas diferenças e indicar uma possível complementaridade.

## 2.1 O Direito de necessidade na *Doutrina do Direito* de Kant

É conhecida a posição kantiana de que abrir exceções em seu próprio benefício é claramente imoral. Essa tese é defendida na primeira formulação do imperativo categórico, explicitada na segunda seção da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Reconhecer a lei como de validade universal e abrir exceções a seu próprio favor é cair em uma contradição (cf. KANT, 1974, BA58). Isso significa dizer que a lei moral vale aprioristicamente.

Na *Doutrina do Direito*, Kant se propõe a apresentar os "Princípios metafísicos do direito", isto é, princípios que orientam e dão conteúdo ao direito positivo. Coerente com a filosofia moral, esses princípios só podem ser dados pela razão, considerando, também, serem a priori. Não podem ser buscados no direito positivo, dado que as leis deste são empíricas. Logo, só dizem o que é lícito ou ilícito, mas não o que é justo ou injusto. Ora, do que é não se pode deduzir o que *deve ser*. De proposições descritivas não podem ser derivadas proposições normativas. A falácia naturalista deve ser evitada.

Para uma crítica do direito de necessidade, desenvolvida por Kant no "apêndice da *Doutrina do Direito*", é fundamental considerar a distinção feita por ele entre leis éticas e leis jurídicas, a partir das leis morais. "Na medida em que incidem apenas sobre as ações meramente externas e sua legalidade, as leis morais se chamam jurídicas; mas, se exigem também que elas sejam mesmo os fundamentos de determinação das ações, elas são éticas" (KANT, 1982, p. 318). O que essas leis têm em comum são, pois, as leis morais, as leis da liberdade e o que as distingue é a sua diferente motivação. O fundamento moral de ambos os sistemas de legislação é, portanto, claramente estabelecido por Kant. Ora, se há um fundamento moral, é lá que devemos buscar a fonte da justiça.

Isso significa que, para a definição do Direito como justiça, a fonte é a razão, as leis da liberdade, e não o empírico. É a ela que devemos recorrer para mostrar a insuficiência da solução de Kant do direito de necessidade. A acusação do excessivo

formalismo à filosofia moral do filósofo alemão é por demais conhecida, sobretudo na ótica de Hegel. Como, no entanto, ele ocorre na *Doutrina do Direito*, como deve ser entendido e quais são suas insuficiências?

A distinção entre direito estrito e direito em sentido lato, feita no “apêndice à introdução à *Doutrina do Direito*”, é uma chave de leitura para o encaminhamento da questão proposta. Kant mostra com toda evidência que o direito estrito se diferencia claramente da ética ao sentenciar que aquele “não se mescla nada de ético” (*dem nichts Ethisches beigemischt ist* (KANT, 1982, p. 339). Trata-se de um direito puramente externo, isto é, não é a consciência do cumprimento do dever que obriga o cumprimento de determinado dispositivo legal, mas a coerção externa. Se a autorização para coagir é uma característica do direito estrito, isto não ocorre com o direito em sentido lato. Neste, a autorização para coagir “não pode ser determinada por uma lei” (KANT, 1982, p. 341). É isso o que ocorre com os direitos de equidade e de necessidade (*Notrecht*). No primeiro, há um “direito sem coerção” (*Recht ohne Zwang*), no segundo, uma “coerção sem direito” (*Zwang ohne Recht*). Pela equidade, se reconhece um direito, porém, não pode obrigar; pela necessidade, coloca-se uma exigência, mas sem direito.<sup>2</sup>

O significado prático desses supostos direitos percebe-se mais claramente com os exemplos fornecidos por Kant. No caso do direito de equidade, o autor refere o caso do trabalhador que teve seu salário desvalorizado na vigência do contrato, que previa reajuste apenas anual. A perda do poder aquisitivo confere a ele o direito de equidade, mas o mesmo não pode ser exigido do ponto de vista jurídico, uma vez que nada fora definido no contrato sobre a possibilidade de um reajuste nas circunstâncias referidas. Há, assim, claramente um direito sem coerção, pois, como pondera Bobbio, não existe um “tribunal da equidade” (BOBBIO, 1992, p. 80) capaz de amparar essas questões. Já o direito de necessidade, por sua vez, hoje conhecido como estado de necessidade, é exemplificado com um caso bem específico e típico: matar alguém que não fez mal algum para defender a própria vida. Nesse exemplo, exerce-se uma coerção, mas não na condição de direito e, sim, na condição de necessidade. Percebe-se claramente que é no exercício efetivo desses direitos,

---

<sup>2</sup> Cf. Weber, Thadeu. Direito e Justiça em Kant, Revista RECHTD, nº 05, V. 1, 2013, p. 43.

equidade e necessidade, que se pode apontar o formalismo kantiano e também a insuficiência das soluções apontadas. Por hora, deixemos de lado o direito de equidade, uma vez que já foi amplamente discutido em artigo publicado sob o título "Direito e justiça em Kant"<sup>3</sup> e foquemos no direito de necessidade.

Tal como o direito de equidade, o direito de necessidade é um "suposto direito" pelo qual estou autorizado a tirar a vida de outrem, "que não me causou nenhum sofrimento", em vista de um extremo perigo de perda da própria vida. "Trata-se de uma violência permitida contra alguém que não exerceu contra mim violência alguma" (KANT, 1982, p. 343). Ser um suposto direito significa que é um direito em sentido amplo, lato, ou um "direito em sentido duvidoso" e não em sentido estrito. Como dito anteriormente, se há uma coerção sem direito é por que há uma necessidade ou uma exigência que se impõe – nesse caso salvar a própria vida –, mas não ocorre um direito de tirar a vida de alguém, por isso, uma coerção sem direito. O direito de necessidade não é reconhecido como direito em sentido estrito ou, como diz Kant, trata-se apenas de um "suposto direito". O caso dos dois naufragos em alto mar apoiando-se num pedaço de madeira, que não os suporta, é um bom exemplo. Nesse caso, impõe-se a necessidade de se livrar de um deles para que o outro possa sobreviver. Para Kant, esse ato é condenável, mas não pode haver punição. O autor recorre ao "ditado do direito de necessidade", segundo o qual "a necessidade não tem lei" (*Not hat kein Gebot*) (KANT, 1982, p. 343). Ora, se em extrema necessidade, não há lei que autoriza a morte de alguém (matar alguém) também não pode haver lei que preveja a punição.

Não pode haver lei que condene à morte a alguém que matou para salvar a si próprio. Kant esclarece o exposto aqui: "Não pode haver, pois, nenhuma lei penal que condene à morte quem em um naufrágio, correndo com o outro o mesmo risco de vida, lhe empurre da tábua em que se refugiou para salvar-se a si próprio" (KANT, 1982, p. 343). A questão é saber se há culpa.

É importante destacar que a necessidade extrema autoriza a tomar uma medida extrema, mas não na condição de direito estrito, apenas na condição de direito em sentido amplo, ou um "suposto direito". O que autoriza o ato não é um

---

<sup>3</sup> Sobre esse assunto ver WEBER, Thadeu, Direito e Justiça em Kant, Revista RECHTD, nº 05, V. 1, 2013, UNISINOS, São Leopoldo. Ver, também, primeiro capítulo desse livro.

direito, mas a necessidade. Dessa forma, é um ato lícito, mas não se pode dizer que é justo. Ao contrário, a ação resultante do estado de necessidade é, para Kant, injusta. Ora, a necessidade não precisa de lei, mas um direito, sim. Um direito é justificável; o direito de necessidade, entretanto, exercido em situação de perigo extremo, não requer justificção. Aliás, a lei que exige a proteção da vida tem validade apriorística e não pode ter exceções. O problema é que o filósofo alemão acrescenta: “não pode haver necessidade que torne legal (conforme a lei) o que é injusto” (KANT, 1982, p. 343). Uma lei que autorizasse alguém a sacrificar a vida de outro em caso de extrema necessidade seria injusta? É injusto matar alguém para salvar a própria vida? Não se trata, obviamente, de legítima defesa. Nesta, ocorre uma ameaça de alguém; já no estado de necessidade, não. Admitir exceções seria admitir determinadas circunstâncias e com isso cairia a validade apriorística da lei, segundo a qual matar alguém sempre é injusto. Não existe o direito de matar alguém, mesmo que em perigo extremo, mas sim a necessidade de salvar, proteger, a própria vida. O dever de proteger a própria vida, e a dos outros, vale aprioristicamente.

Kant dá claramente a entender que matar alguém, independente das circunstâncias, é a priori injusto. Logo, uma lei que autorizasse a tal também seria injusta. Aqui, percebe-se, novamente, o formalismo kantiano: não há necessidade que possa tornar legal o que é injusto. Assim, também não pode haver punição nesses casos; o respeito à vida tem validade apriorística. Ou seja, tal princípio ou vale de forma a priori ou não é princípio. Não importam as circunstâncias e as consequências; importa a forma da lei. Aqui, a necessidade não precisa de lei e, desse modo, trata-se de uma autorização lícita para a qual não há previsão de punição. É oportuno frisar que uma lei que autorizasse matar alguém, ainda que em extrema necessidade, iria contrariar o imperativo categórico, em sua segunda formulação: a de tratar o homem como fim em si mesmo e não simplesmente como meio.

## 2.2 O Direito de necessidade (*Notrecht*) em Hegel

O direito de necessidade em Hegel deve ser situado no contexto do direito de moralidade, tema que precede a terceira parte da *Filosofia do Direito* – a eticidade. A

moralidade trata da fundamentação subjetiva da vontade livre, ou seja, investiga as condições da responsabilidade subjetiva: o querer e o saber (HEGEL, 1986, § 107). A análise dessas condições, no entanto, é insuficiente para a devida apuração da responsabilidade moral. A pergunta pela repercussão e pelas consequências se impõe, por ser essa exatamente uma das lacunas da filosofia moral kantiana. Uma ética das intenções precisa ser complementada com uma ética da responsabilidade pelas consequências e pelas implicações do desdobramento objetivo da vontade livre nas instituições sociais. A estrutura de um ato moral comporta aspectos subjetivos, os propósitos e as intenções, e aspectos objetivos, as repercussões e as consequências.

Assim, diferentemente de Kant, o direito de necessidade é, para Hegel, um direito que cada um tem de abrir uma exceção a seu favor, em caso de extrema necessidade. Mas isso não pode ser definido a priori, pois são as circunstâncias que o determinam. Estando em conflito, por exemplo, o direito à vida e o direito de propriedade, aquele se impõe: a vida tem um direito de emergência, sustenta Hegel. Não se trata de uma concessão, mas de um direito. No caso do conflito entre um "perigo extremo" da vida e a "propriedade jurídica de outra pessoa", estão em jogo, por um lado, "a lesão infinita da existência" e, por outro, "somente a lesão de uma existência singular limitada da liberdade" (HEGEL, 1986, § 127). Ainda que o direito de propriedade seja legitimamente reconhecido, em perigo extremo o direito de necessidade prevalece. O significado prático desse direito é o de que o direito à vida justifica e autoriza a restrição e até a violação de qualquer outro direito fundamental. É claro que estamos falando de casos de extrema necessidade. Já o caso clássico utilizado como exemplo é a situação de um devedor que vê ameaçada a propriedade de seus bens pelo credor. Percebe-se que o filósofo de Berlim teve um claro avanço e uma ampliação do direito de necessidade em relação a Kant, ao afirmar que:

Do direito de necessidade se depreende o benefício de imunidade pelo qual se deixam ao devedor instrumentos de trabalho, roupas e em geral a porção de seu patrimônio que, embora sejam propriedade do credor, se considera necessária para sua manutenção, de acordo com sua posição social. (HEGEL, 1986, § 127).

Dessa maneira, o direito de necessidade não permite que se prive o devedor das condições materiais básicas para uma vida digna. Nessa passagem, não se trata somente de uma questão de sobrevivência, mas de vida digna, tendo em vista que os instrumentos de trabalho e moradia são indispensáveis para isso. Como visto, a defesa da própria vida autoriza o uso de quaisquer meios, inclusive a violação de direitos fundamentais alheios. Adicionalmente, apropriar-se de um bem alheio para saciar a própria fome é certamente uma violação de um direito alheio, mas negar esta possibilidade seria opor-se a “totalidade da liberdade”. Sobre isso escreve Hegel com extrema lucidez:

O necessário é viver agora; o futuro não é absoluto e está entregue à contingência. Por isso, a necessidade do presente imediato pode justificar uma ação injusta, pois, com sua omissão, se cometeria, por sua vez, uma injustiça, e na realidade a maior injustiça, a total negação da existência da Liberdade (HEGEL, 1986, § 127).

Nessa passagem, saliente-se o caráter emergencial do exercício do direito de necessidade. Para conservar a vida posso apropriar-me de um bem alheio, ainda que isso viole o seu direito de propriedade, uma vez que não permitir isso, seria injusto. Nesse caso, uma ação contra a lei se justifica. Hegel se refere ao caráter contingente do direito abstrato, primeira parte da *Filosofia do Direito*. A moralidade, onde se situa o direito de emergência (necessidade), amplia o processo de determinação da vontade livre, enquanto princípio orientador de toda estrutura jurídica e social. O direito de propriedade é um direito fundamental, mas perante à preservação da vida pode ser relativizado. Ele é a expressão da vontade livre imediata e, enquanto tal, ainda carece de mediação social do reconhecimento recíproco. Assim, contra Kant pode-se dizer que são as circunstâncias e as consequências que determinam o direito de necessidade que, dessa forma, ao garantir a proteção à vida, relativiza os demais direitos.

Percebe-se que o que está em jogo é o próprio direito de ter direitos. Mas isso não envolve somente o direito à vida e, sim, as diversas condições para uma vida digna. É o mínimo existencial como condição de realização dos próprios direitos

fundamentais. Com isso, cai o apriorismo da lei moral kantiana. Há que se salientar que o direito de necessidade é parte integrante do direito de moralidade, o direito da vontade subjetiva, que, por sua vez, representa a segunda figura da efetivação do princípio da liberdade, enquanto princípio orientador de toda a *Filosofia do Direito*.

Pelo que se pode observar, para Hegel o exercício do direito de necessidade pode implicar uma injustiça, mas que se justifica, tendo em vista o mal menor: violar o direito de propriedade de alguém em nome da proteção à vida, ou da manutenção das condições de uma vida digna. Fica claro, portanto, que o direito de necessidade compõe o conteúdo da dignidade humana, como condição da realização dos próprios direitos fundamentais. Obviamente, também em Hegel, não se pode confundir o direito à legítima defesa com o estado de necessidade. O primeiro é mais restrito, no sentido de envolver a proteção da vida em caso de grave ameaça, ainda que isso implique na morte de alguém. Já o segundo é mais abrangente, no sentido de a proteção da vida poder justificar a violação de outros direitos fundamentais, tal como o direito de propriedade. O objetivo maior é sempre a proteção da própria vida e em condições dignas e, para isso, não se pode abstrair do contexto. Eis a base do comunitarismo.

### 2.3 Kant e Hegel: um estudo comparativo

Uma primeira distinção entre Kant e Hegel diz respeito ao grau de abrangência do direito de necessidade. Para Kant, ele é bem específico. Diz respeito a um caso bem particular: o direito, ou suposto direito, que cada um tem de em caso de perigo da perda da própria vida, estar autorizado a tirar a vida de outro que não lhe fez mal. Para Hegel, no entanto, ele é mais abrangente, refere-se também a outras situações de defesa das necessidades básicas da vida para as quais se está autorizado a violar outros direitos, tais como o direito de propriedade. A indisponibilidade das condições básicas para a manutenção da vida, tais como instrumentos de trabalho, moradia, ainda que de propriedade do credor, é um exemplo atual bem conhecido.

Além disso, o direito de necessidade, que para Kant é um "suposto direito" ou um direito em sentido lato, é, para Hegel, um direito constitutivo do direito de moralidade. Embora não admitidas pelo formalismo kantiano como direitos em



sentido estrito, as situações de emergência ou necessidade são exceções e exigem tratamento caso a caso. Matar em legítima defesa é uma coisa, matar em estado de necessidade é outra. São as circunstâncias que determinam a interpretação. A validade apriorística da lei moral kantiana revela aqui sua insuficiência. O dever de dizer a verdade continua sendo um princípio, mas pode permitir exceções, em determinados casos. O mesmo ocorre com o direito de necessidade: preservar a vida alheia e seus direitos fundamentais é um princípio válido, mas pode, em casos extremos, permitir exceções. Mas isso não é um suposto direito ou direito duvidoso. São as circunstâncias e as consequências que definem o exercício do direito de necessidade. Assim, a lei vale, mas pode não valer, em situações de emergência. Hegel faz uma crítica consequencialista à filosofia moral kantiana e com isso, cai a validade apriorística da lei.

Se o direito de necessidade é um suposto direito para Kant, ou um direito duvidoso, ele não é propriamente um direito, o que, aliás, fica claro com a expressão "coerção sem direito". Como entender, no entanto, que nesses casos há culpa, embora não haja pena? Que não haja pena decorre do fato de não haver lei. Mas por que haveria culpa? É um problema de responsabilidade? O autor não é claro quanto a isso. Se, para Kant, o ato de autopreservação mediante o uso da violência (morte de alguém) é algo condenável, embora não punível, instala-se uma dicotomia indevida entre culpa e pena. Há que se perguntar sobre a justificação da culpa e se a pena é uma decorrência lógica dela. Disso é revelada a insuficiência do direito estrito para resolver o problema do direito de necessidade. É por isso que Hegel o aborda no direito de moralidade, que trata da fundamentação subjetiva da vontade livre. Trata-se, pois, de um direito da vontade subjetiva.

Outra distinção fundamental entre os dois autores ocorre no referente à origem das leis morais e, por consequência, a sua distinta concepção do direito de necessidade. Para Kant, a fonte dos princípios de justiça é a razão; para Hegel é a própria História, o "espírito do povo", as conquistas da História. Poderia Hegel, com isso, cair num relativismo? Se considerarmos que o processo de mediação social se dá nas instâncias da eticidade, momento sintético da *Filosofia do Direito*, percebemos que não. Essa é a base racional: o que dá legitimidade ao movimento de mediação e construção dos princípios é o reconhecimento recíproco. Mas com isso

temos um problema com a função do imperativo categórico. Honneth, interpretando a crítica de Hegel à Kant, afirma:

Enquanto abstrairmos o fato de que sempre nos movemos em um ambiente social no qual aspectos e pontos de vista morais já se encontram institucionalizados, a aplicação do imperativo categórico permanecerá ineficaz e vazia; mas se ao contrário aceitarmos a circunstância de que o ambiente social já sempre nos apresenta traços de deliberação moral, então o imperativo categórico perde sua função de fundamentação (HONNETH, 2007, p. 95).

Contra o positivismo, as bases do comunitarismo estão aqui lançadas. Se sustentarmos que no ambiente social em que convivemos nada está institucionalizado do ponto de vista moral, então não há conteúdo ao qual o imperativo categórico possa ser aplicado. Como poder-se-ia formar uma contradição? Se não houver a determinação de um princípio moral, não há máxima que possa ser submetida ao teste da universalização. Mas se houver essa determinação, o imperativo categórico perde sua função, ele seria tautológico. Se já houver a determinação do direito de propriedade, a aplicação do imperativo categórico só dirá que *deve haver* o direito de propriedade. Se não houver essa determinação, o imperativo categórico apenas dirá que não deve existir o direito de propriedade privada e, então, violar esse direito não implicará em contradição ou injustiça. Para Hegel, o fato é que nós nos movimentamos e agimos dentro de um "espírito do povo", já instituído previamente, com seus costumes, tradições e leis. Uma violação destes, provocará uma contradição. Assim, o imperativo categórico seria uma mera justificação do que já está dado.

Se, para Kant, o ato resultante do exercício do direito de necessidade é injusto, embora não possa ser punido, tudo fica reduzido ao direito em sentido estrito e o que acaba definindo o justo e o injusto é a lei positiva. E os *hard cases*? Por que então falar em fundamentação moral do direito? Se as leis jurídicas fazem parte das leis morais, porque não buscar nestas a solução do problema, justificando as exceções? Embora o direito não tenha nada de ético, tem, no entanto, como estrutura uma base moral. É nesta que os direitos de equidade e de necessidade podem ser

fundamentados. Teríamos, assim, um outro encaminhamento desses direitos dentro da própria teoria do direito kantiana.

Num viés hegeliano, a separação entre o ético e o jurídico fatalmente leva ao formalismo: uma “indeterminação abstrata”. Onde nada é determinado não pode haver contradição (HEGEL, 1986, § 135). A contradição somente ocorre quando houver a violação de um princípio ou regra que determina substancialmente um conteúdo.

O que está em jogo nesse debate é uma postura apriorística (Kant) e outra consequencialista (Hegel). A questão é: o justo pode ser definido de forma a priori? É o que ocorre em Kant. Mas como fazê-lo em situações extremas? Sustentar a validade apriorística da lei ignora o fato das circunstâncias poderem alterar a interpretação e aplicação da lei. Situações de perigo extremo são exceções e exigem a consideração do contexto. Para Kant, uma lei que autorizasse matar alguém, ainda que em estado de necessidade, sempre seria injusta, independente das circunstâncias. É o problema do apriorismo. Ocorre que a eficácia do direito de necessidade somente se dá dentro de determinadas circunstâncias.

Para Honneth, a maior objeção que se pode fazer a Kant, a partir de Hegel, é a de que ele ignora o contexto. O autor diz tratar-se da “objeção contra a cegueira em face do contexto” (HONNETH, 2007, p. 94). Fora do contexto, a aplicação do imperativo categórico fica “vazia”, pois são as circunstâncias que o indicam. O direito de equidade e o direito de necessidade devem ser julgados caso a caso e não de acordo com leis abstratas, como em Kant. Daí a importância do contexto. A interpretação rawlsiana, no entanto, evidencia o caráter procedimental do imperativo categórico e nele as circunstâncias ocupam um espaço decisivo. Ao tratar da aplicação do imperativo categórico, o autor americano destaca o que chama de “procedimento do imperativo categórico em quatro passos” e em todos eles a autorização das ações está vinculada às circunstâncias. O primeiro passo diz: “Devo fazer X nas circunstâncias C a fim de realizar Y a menos que Z” (RAWLS, 2005, p.194). Os demais passos mantêm a aplicação às circunstâncias submetendo a máxima ao teste da universalização, bem entendido, em determinada situação.

Essa leitura ou interpretação do papel do imperativo categórico na forma de procedimento, feita por Rawls, certamente incorpora a crítica hegeliana ao

formalismo da moral de Kant. Poder-se-ia admitir que tirar a vida de alguém em caso de extrema necessidade lesa a segunda formulação do imperativo categórico, que ordena tratar o homem como fim em si mesmo e não simplesmente como meio. O mesmo, no entanto, não se pode dizer no referente à primeira formulação. É possível admitir que a máxima que motiva a ação (no caso do direito de necessidade) possa ser convertida em lei universal da natureza. Nas mesmas circunstâncias, isto é, em perigo extremo da própria vida, pode-se querer que a máxima (proteger a própria vida) que motiva o ato torne-se lei universal da natureza. A distinção entre lei moral e o procedimento do imperativo categórico enquanto aplicação da lei "à nossa situação" certamente faz repensar a crítica de Hegel ao formalismo da moral kantiana.

No caso do direito de necessidade, mereceria a interpretação rawlsiana o endosso de Kant? Estar-se-ia, em determinadas circunstâncias, autorizado a matar alguém, ainda que a máxima passasse pelo teste de universalização? Também aqui a primeira formulação do imperativo categórico poderia ser invocada. Casos de extremo perigo, e como último recurso, autorizam o sacrifício da vida de alguém para a preservação da própria. Isso pode ser transformado em lei universal da natureza; isso passa pelo teste de universalização. Nas mesmas circunstâncias, mesmo tratamento. Mas, então, é preciso definir a priori as circunstâncias. Rawls, em sua interpretação procedimental, está pensando exatamente na possibilidade da máxima do primeiro passo transformar-se em lei universal da natureza do segundo e terceiro passos. É, pois, possível associar essa nova lei da natureza às demais leis da natureza já existentes. O autor denomina essa nova ordem natural de "mundo social ajustado" (RAWLS, 2005, p.195). Nele, o mesmo não se refere ao direito de necessidade, mas ao exemplo da promessa enganosa. A analogia, todavia, pode ser feita: se a promessa enganosa é possível em certas circunstâncias, também o direito de necessidade justifica exceções e isto como um direito legítimo e não como um "suposto direito". Isso poderia ser vinculado a um "mundo social ajustado". Se a própria inteligibilidade do princípio de que a verdade deve ser dita inclui a consideração de determinadas circunstâncias e que nas mesmas circunstâncias todos devem dizer a verdade e que em outras podem omiti-la, então o direito de

necessidade deve ser entendido como uma aplicação do imperativo categórico, mas como um direito que, em seu exercício, inclui determinada situação.

O que dizer da aplicação do teste formal da universalização ao direito de necessidade? Poder-se-ia dizer que nas mesmas circunstâncias (perigo extremo) todos podem exercer aquele direito. Mas o que legitima esse direito: a possibilidade da universalização ou o nosso julgamento moral prévio de determinada situação? Já há um julgamento prévio da História, com o reconhecimento de certos direitos, ou é o teste formal da universalização que o determina? Matar alguém para proteger a própria vida é correto eticamente porque pode ser universalizado ou já sabemos disso previamente e por isso pode ser universalizado? Quando o assunto é fundamentação da ética e do direito, talvez seja esse o núcleo central da diferença entre Kant e Hegel. A partir das conquistas da História já ocorre um julgamento moral prévio (Hegel) ao teste formal da universalização (Kant). Este somente confirma o que todos já sabem.

### **Considerações finais**

Percebe-se como ainda muito atual o tema do direito de ter direitos e a sua efetiva concretização. No direito de necessidade está em jogo um conflito de algum direito fundamental e o direito de ter direitos. O propósito do capítulo foi o de explicitar o âmbito do direito de necessidade em Kant e Hegel, estabelecendo um possível diálogo entre eles. Através dessa elaboração, fica evidente o grau de especificidade e de restrição daquele direito, em Kant. Refere, apenas, ao fato de, em extrema necessidade, se estar autorizado a tirar a vida de alguém mesmo que este não me tenha feito mal algum. No viés hegeliano, esse direito refere-se à satisfação das necessidades básicas da vida, enquanto condições de possibilidade de sobrevivência. Nesse caso, se está autorizado a violar direitos alheios, tal como o de propriedade. A impossibilidade de privar alguém de seus instrumentos de trabalho, indispensáveis para a satisfação de suas condições básicas de sobrevivência, ainda que de propriedade de um credor, indica o grau de abrangência daquele direito e o seu nível de emergência.

Nesse caso, impõe-se concluir que o direito de necessidade é um direito fundamental líquido e certo e não um suposto direito, como pensa Kant. É contra intuitivo pensar que o direito em sentido estrito não deva comportar o direito de necessidade. Mesmo assim, há como justificá-lo moralmente, considerando que, em Kant, as leis morais fundamentam as leis éticas e as leis jurídicas. Ainda que na terminologia kantiana o jurídico não se mescle com nada do ético, ele tem, no entanto, base moral, conforme se lê na introdução da *Doutrina do Direito*. Assim, os direitos de necessidade e de equidade, ainda que não reconhecidos pelo direito em sentido estrito, o são pelas leis morais. É nestas que a solução desses direitos pode ser buscada e fundamentada.

A favor de Hegel, no âmbito da moralidade e da eticidade, conta a consideração do contexto. Rompe-se, com isso, com o apriorismo da moral kantiana e evita-se o relativismo, uma vez que as mediações da eticidade são legitimadas pelas instâncias do reconhecimento recíproco.

Desse modo, pode-se pensar uma possível complementaridade entre os dois pensadores alemães, na medida em que Hegel continua onde Kant parou: a eticidade é um avanço em relação à moralidade. O "conceito" do Direito inclui o direito propriamente dito, a moralidade e a eticidade e, com isso, rompe-se com a dicotomia entre moral e direito, claramente expressa por Kant na solução dos direitos de necessidade e de equidade, mas não admitida na introdução da *Doutrina do Direito*.

O direito de necessidade deve, hoje, ampliar seu campo de abrangência e incluir as necessidades mais básicas para uma vida digna, ainda que inclua, no caso do direito de necessidade, apenas questões de sobrevivência. Estas impõem-se sobre outros direitos. Mas, para isso, é preciso juntar o que Kant separou – o direito e a moral. Ou melhor, é preciso se valer da própria fundamentação moral do direito defendida por ele, mas não aplicada aos referidos direitos (necessidade e equidade).

Talvez, em termos de comparação, fosse mais plausível relacionar o direito de necessidade de Hegel com o direito de equidade, e não o de necessidade, de Kant. Este é muito restrito e diz respeito somente ao direito à vida. O direito de equidade é mais abrangente, na medida em que contempla condições de vida digna, tal como o direito de necessidade em Hegel.

## Referências

BOBBIO, N. *Direito e Estado no pensamento de Kant*. Brasília: Edunb, 1992.

HONNETH, A. *Sufrimento de Indeterminação: uma reatualização da Filosofia do Direito de Hegel*. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

HEGEL, G.W.F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

KANT, I. *Metafísica dos Costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013.

\_\_\_\_\_. *Die Metaphysik der Sitten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982.

\_\_\_\_\_. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1974.

RAWLS, J. *História da Filosofia Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WEBER, Thadeu. Direito e Justiça em Kant. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, n. 5, v.1, São Leopoldo, 2013, p.38-47.

### 3. A INFLUÊNCIA KANTIANA NO POSITIVISMO JURÍDICO<sup>1</sup>

#### Introdução

A relação entre moral e direito em Kant tem sido objeto de muitas controvérsias. Sua influência na formulação do positivismo jurídico é constantemente discutida. Nessa relação, há os que defendem uma "teoria pura do Direito", como é o caso de H. Kelsen, inspirado pelo formalismo kantiano, e outros que sustentam uma fundamentação ética do político, como é o caso de R. Dworkin que, sob esse aspecto, se situa na perspectiva hegeliana.<sup>2</sup>

Os escritos jurídico-políticos de Kant são esclarecedores no que se refere ao tema da relação entre moralidade e legalidade. No entanto, mostram igualmente que a conhecida crítica ao formalismo da moral se aplica, também, ao Direito. Não se trata de emitir um juízo sobre os méritos ou deméritos dessa influência, mas sim apontar aspectos do formalismo kantiano que podem ser tidos como influenciadores do positivismo jurídico, indicando que a solução das possíveis consequências injustas da aplicação da lei, dado seu formalismo, pode ser encontrada na própria *Doutrina do Direito*, através da fundamentação moral do Direito. Para isso, é indispensável a distinção entre leis éticas e leis jurídicas.

Tal intuito passa por uma elucidação da distinção entre moralidade e legalidade, tendo em vista a base motivacional das mesmas e da relevância disso para a elucidação do chamado formalismo kantiano. Uma breve análise dos termos do contrato social do autor alemão se faz necessária para avaliar os reflexos da *sociabilidade insociável* na efetuação de acordos políticos e na elaboração da legislação pertinente, tendo em vista os princípios de uma Constituição Civil. Ênfase há que ser dada ao consentimento popular, tendo em vista a legitimidade das leis. Já com o propósito de apontar aspectos que podem inspirar o positivismo jurídico, recorre-se à *Doutrina do Direito* para explicitar os elementos constitutivos do

---

<sup>1</sup> Originalmente publicado na Revista *Etic@*, UFSC, Florianópolis, v. 21, nº 3, (2022), Dossiê Positivismo Jurídico, com o título de "Kant e o problema do formalismo jurídico". Revisado e ampliado para esta edição.

<sup>2</sup> Sobre Kelsen, ver *Teoria Pura do Direito*, principalmente cap. II; sobre Dworkin, ver *Levando os Direitos a Sério*, capítulo II.



conceito do Direito, bem como ao encaminhamento dado aos direitos de equidade e o da necessidade. É enfatizada a importância da forma da lei e não o seu conteúdo. O último tópico pretende mostrar possíveis problemas que poderão resultar do formalismo kantiano, tais como decisões injustas, e indicar que eles encontram no próprio autor uma solução plausível.

### 3.1 Moralidade e legalidade

A relação moralidade e legalidade, em Kant, é normalmente associada à distinção entre o imperativo categórico e o imperativo hipotético, desenvolvido na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. O valor ou mérito moral é atribuído às ações motivadas pelo puro respeito ao dever, enquanto a legalidade é atribuída às ações resultantes da motivação de acordo com as inclinações, portanto, caracterizada pela coercibilidade. De maneira mais simplificada costuma-se dizer que, para Kant, as ações morais são realizadas por dever e as ações legais, conforme o dever.

Essa distinção, todavia, é demasiadamente superficial. O que o referido autor faz é primeiramente distinguir ações contrárias ao dever de ações conforme o dever (cf. KANT, 1974, p. 27). As ações conforme ao dever (*pflichtmässig*) podem ser por dever (*aus Pflicht*) ou por inclinação. A diferença está na motivação. As por dever são as que se constituem de valor moral. Logo, as ações por dever também são conformes ao dever.<sup>3</sup>

A crítica ao formalismo diz respeito tanto à moralidade quanto à legalidade. Haveria uma separação indevida entre forma e matéria da lei. Paton, referindo-se à moralidade, discorda dessa interpretação (cf. PATON, 1971, p. 74).<sup>4</sup> Diz que na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* Kant está "tratando do princípio supremo de moralidade: ele está tratando da parte a priori da ética em abstrato e considerando a forma da ação moral aparte da matéria" (PATON, 1971, p. 74). Esse

---

<sup>3</sup> Rawls comenta esse assunto destacando a distinção kantiana entre "as ações que concordam com o dever e são realizadas segundo o dever, e as ações que concordam com o dever, mas nascem da inclinação. As últimas possuem legalidade, mas não moralidade" (RAWLS, 2005, p. 204).

<sup>4</sup> Classificar a Filosofia Moral de Kant de formalista e legalista é um mal-entendido, segundo Paton (cf. 1971, capítulo VII).

argumento, no entanto, não escapa da crítica de um excessivo formalismo, bem como não se vê livre da crítica comunitarista de uma separação indevida entre ética, direito e moral,<sup>5</sup> crítica, aliás, que se estende a todos os liberais.

Quanto à "ignorância das consequências", outro ponto polêmico quando o assunto é formalismo, Paton inocenta Kant dessa crítica afirmando que o autor "está correto ao dizer que a expectativa das consequências não pode ser o fundamento determinante de uma ação se ela é para ter valor moral". Em seguida, sentencia: "Um homem bom visa as consequências por causa da lei: ele não obedece a lei simplesmente por causa das consequências" (PATON, 1971, p. 76). A ênfase na forma da lei, mais uma vez, fica evidenciada. O que ocorre, na verdade, é a validação apriorística da lei. Hegel é o primeiro a fazer uma crítica consequentialista ao formalismo kantiano (cf. HEGEL, 1986, § 135).

É na *Metafísica dos Costumes*, no entanto, que a distinção entre Ética e Direito é feita de forma mais específica. A preocupação aqui é tratar da fundamentação moral do Direito. Para tal, o autor parte da diferenciação entre leis naturais e leis da liberdade. Estas são as leis morais e dizem respeito à autolegislação da razão e enunciam o que deve ser (cf. KANT, 1982, p. 318). Nesse caso, trata-se da moral em sentido amplo, na medida em que inclui o direito e a ética. Também é importante destacar que são as leis morais que se dividem em leis jurídicas e leis éticas.<sup>6</sup> As leis jurídicas referem-se às ações "meramente externas", ao passo que as leis éticas têm como base de determinação das ações o respeito às leis por elas mesmas. Kant assim se expressa sobre essa distinção: "Na medida em que incidem apenas sobre ações meramente externas e sua legalidade, as leis morais se chamam jurídicas; mas se exigem também que elas sejam mesmo os fundamentos de determinação das ações, elas são éticas" (KANT, 1982, p. 318). Embora a ética tenha seus próprios deveres, também têm deveres em comum com o direito. O que propriamente os distingue é a diferente motivação, ou seja, o modo de obrigação. O que move a legislação ética é o dever pelo dever; o que motiva a legislação jurídica são as

---

<sup>5</sup> Sobre a crítica dos comunitaristas à separação entre ética, direito e moral por parte dos liberais, ver R. FORST, *Contextos da Justiça*, 2010, p. 67.

<sup>6</sup> Sobre essa distinção ver, também, S. Nour, *À Paz Perpétua de Kant*, p. 20 e 21. A autora destaca o aspecto objetivo e o subjetivo da legislação ética e jurídica. Ver, também, Beckenkamp, 2009, p. 68.

inclinações ou coerções externas. Ambas têm, no entanto, um fundamento comum: as leis morais.<sup>7</sup>

Esse ponto é crucial para os debates em torno do positivismo jurídico kantiano. O cumprimento de contratos pode mover-se pela legislação ética, ou seja, pelo respeito ao dever, mas quando esta for insuficiente, dada a “animal tendência egoísta” do ser humano, deve mover-se pela legislação positiva (KANT, 2016, p. 27). Mas se disso decorrerem consequências injustas, considerando circunstâncias particulares, pode-se recorrer às leis morais ou ao direito natural que fundamenta o direito positivo. Todavia, no caso dos direitos de equidade e de necessidade, por exemplo, Kant não chega a essa conclusão, por não os considerar direitos em sentido estrito.

### 3.2 O contrato social

As ideias jurídico-políticas de Kant estão desenvolvidas de forma mais expressiva fora de suas grandes Críticas. No texto *Ideia de uma História Universal com um Propósito Cosmopolita*, o autor, na proposição quatro, dá bem a ideia da justificação do contrato social, apontando o debatido antagonismo que envolve o ser humano: a “sociabilidade insociável” (KANT, 2016, p. 24). Com isso quer dizer que há nos homens “a tendência para entrarem em sociedade” que, ao mesmo tempo, “está unida a uma resistência universal que ameaça dissolver constantemente a sociedade” (KANT, 2016, p. 24). Ou seja, a tendência para entrar em sociedade o realiza como ser humano. Kant reconhece uma disposição natural para isso. Tem, no entanto, uma “grande propensão para isolar-se”, tendo em vista que encontra em si, ao mesmo tempo, “a propriedade insocial de querer dispor de tudo ao seu gosto”, esperando “resistência de todos os lados” (KANT, 2016, p. 24). É essa tendência à insociabilidade que o leva a elaborar uma Constituição Civil. Eis o enunciado da quinta proposição: “O maior problema do gênero humano, a cuja solução a natureza o força, é a consecução de uma sociedade civil que administre o direito em geral”

---

<sup>7</sup> À propósito desse assunto, é muito esclarecedora a distinção entre quatro contextos normativos feita por R. Fosrt, em *Contextos da Justiça*: o ético, o jurídico, o político e o moral (ver principalmente a introdução, p. 17ss).

(KANT, 2016, p. 26). A legislação ética é insuficiente para fazer frente a essa insociabilidade. O recurso é a coercibilidade da lei positiva.<sup>8</sup>

É a tendência ao exercício da liberdade sem limites que força os homens a entrarem num “estado de coerção”. O estabelecimento recíproco de limites retira deles a possibilidade de viver em “liberdade selvagem”. O importante a destacar é que é dentro desses limites, dessa “cerca”, a constituição civil, que as “inclinações produzem o melhor resultado” (KANT, 2016, p. 26). O exemplo das árvores plantadas uma próxima das outras ilustra bem o sentido dos limites. A procura do ar e da claridade faz com que elas busquem acima de si mesmas um lugar ao sol. As árvores que crescem de forma isolada e em liberdade total fatalmente ficarão tortas. Esticam seus galhos para todos os lados, pois não encontram limites. Ora, os limites são indispensáveis para a sociabilidade. A insociabilidade humana, ao se disciplinar, produz uma ordem social, condição da realização da própria liberdade. Isso explica a necessidade da passagem da liberdade natural para a liberdade civil (o Estado). Daí o papel da constituição civil. Joel T. Klein discute com muita propriedade essa sociabilidade insociável como “a mola propulsora do progresso” (KLEIN, 2016, p. 103).

Kant parece estar alinhado com a concepção hobbesiana de natureza humana. Ao se referir ao homem em sua “animal tendência egoísta” parece endossar a natural competição humana e o seu desejo inesgotável de poder, destacado por Hobbes. Tanto é que a convivência com os outros nos é extremamente desagradável quando não há um poder capaz de nos manter em respeito (cf. HOBBS, 1979, p. 75). É por isso que, para Kant, “o homem é um animal que, quando vive entre seus congêneres, precisa de um senhor” (KANT, 2016, p. 27). As semelhanças, no entanto, ficam por aqui. O tipo de pacto proposto é outro e a concepção de liberdade também. A soberania absoluta dá lugar à possibilidade de um povo dar a si a própria lei, portanto, dá lugar à autolegislação e à autonomia. Esse é o princípio republicano.

É no texto *Sobre a expressão corrente: Isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática*, no item II, “Da relação da teoria à prática no direito político (contra Hobbes)” que o próprio Kant se pronuncia sobre sua diferença para com

---

<sup>8</sup> Sobre o significado dessa sociabilidade insociável como “fundamento político-antropológico do progresso”, ver Joel T. Klein, em *Kant e a Ideia de uma História Universal*, p. 103ss.

Hobbes. Considera “terrível” a tese segundo a qual “o chefe de Estado de nenhum modo está ligado por contrato ao povo e não pode cometer injustiça contra o cidadão” (KANT, 2016, p. 97).

É exatamente nesse texto contra Hobbes em que Kant defende os “princípios a priori” nos quais se fundamenta o Estado Civil: a liberdade, a igualdade e a independência (KANT, 2016, p. 79). Quanto à liberdade, cada um pode buscar sua felicidade da forma que quiser, desde que não prejudique os outros. A liberdade de cada um deve poder coexistir com uma lei universal. A igualdade diz respeito à condição de súditos dos cidadãos, portanto, segundo o Direito. Isso não significa que os homens não podem ser desiguais quanto à qualidade e “os graus de sua propriedade” (KANT, 2016, p.81). O essencial é uma igualdade quanto aos direitos enquanto cidadãos. A independência diz respeito ao papel de legislador exercido pelo cidadão na condição de membro da comunidade.

Em que se fundamenta a Constituição Civil? Kant fala em “contrato originário” como “lei fundamental”.<sup>9</sup> Esse é propriamente o pacto social. O autor o define como “coligação de todas as vontades particulares e privadas num povo numa vontade geral e pública” (KANT, 2016, p. 88). Não se trata de um fato, mas de uma “ideia da razão”. Essa ideia “obriga todo legislador a fornecer as suas leis como se elas pudessem emanar da vontade coletiva de um povo inteiro, e a considerar todo súdito, enquanto quer ser cidadão, como se ele tivesse assentido pelo seu sufrágio a semelhante vontade” (KANT, 2016, p. 88). A legitimidade de toda lei pública está exatamente nisso. A lei é justa, pensa o autor, se for possível ao povo dar a sua anuência. Isso é autonomia, coerente com a legislação ética.<sup>10</sup>

A questão central é o consentimento do povo. A legitimidade de toda lei está na possibilidade do endosso de quem deve se submeter a ela. Há uma coincidência entre autoria e submissão, ainda que via representação política. As leis originárias do legislador precisam ser elaboradas de tal forma que possam contar com o assentimento dos cidadãos. Aliás, o princípio “U” de Habermas está muito próximo disso, embora dê ênfase também às consequências. Sobre esse assunto vale citar o

---

<sup>9</sup> M. Sandel chama esse contrato de “contrato imaginário”, exatamente por ser uma “ideia da razão” e não um fato histórico (Sandel, 2014, p. 172).

<sup>10</sup> Sobre o conceito de “contrato originário” em Kant, ver, também, Soraya Nour, em *À Paz Perpétua de Kant*, 2004, p. 41.

comentário de Alexandre Gomes, referindo-se à Habermas: “A teoria do discurso, que pode ser considerada uma influente ética kantiana do nosso tempo, como assinala Cirne Lima, trouxe o princípio de universalização de Kant para a roda do discurso, o que representa sua melhor adequação à realidade em que vivemos” (GOMES/MERLE, 2007, p. 56).

É exatamente dessa formulação kantiana que decorre sua crítica a Hobbes. A liberdade de expressar sua opinião precisa ser assegurada ao cidadão. Escreve Kant: “É preciso conceder ao cidadão [...] a faculdade de fazer conhecer publicamente a sua opinião sobre o que, nos decretos do mesmo soberano, lhe parecer uma injustiça a respeito de sua comunidade” (KANT, 2016, p. 97). O Estado de Direito está, com isso, plenamente justificado. “O que um povo não pode decidir a seu respeito também não o pode decidir o legislador em relação ao povo” (KANT, 2016, p. 98). O que comanda uma comunidade política é a Constituição Civil e não a vontade de um soberano. É a Constituição que estabelece os limites das liberdades. Dois aspectos, aqui, andam juntos: obediência e liberdade. A obediência à Constituição de acordo com as leis coercitivas e, ao mesmo tempo, o “espírito de liberdade”, na medida em que cada um “deve ser convencido pela razão de que semelhante coerção é conforme o Direito”, são prerrogativas de um Estado Constitucional (KANT, 2016, p. 97).

A partir dessa estrutura jurídico-política é oportuno avaliar em que medida Kant pode ter influenciado o positivismo jurídico. Não se trata da construção das leis, originárias do contrato social, mas de sua interpretação e aplicação.

### 3.3 O positivismo jurídico

A resposta de Kant a Hobbes é a afirmação do Estado de Direito, através da Constituição Civil, que deve ser republicana. Ninguém nega que a obediência às leis é condição de possibilidade da própria realização da liberdade. Essa obediência, no entanto, implica numa série de questões: É ela irrestrita? Trata-se de obedecer a lei pela lei? As exceções são permitidas? Cabe desobediência às leis injustas?<sup>11</sup> Como se dá a relação entre ética e direito em aplicações práticas? Por que Kant é

---

<sup>11</sup> Sobre o dever de obedecer a uma lei injusta e sobre o tema da desobediência civil, ver Rawls, 1997, p. 388 e 402 e Dworkin, 2002, capítulo 08.

considerado o grande influenciador do positivismo jurídico? Em que sentido? A teoria do contrato social parece não dar conta de todas essas questões.

Uma importante resposta pode ser encontrada na *Doutrina do Direito*, quando o autor refere os elementos constitutivos do conceito do Direito, precisamente quando procura sua definição (cf. KANT, 1982, p. 337). 1º. O Direito se refere às relações externas das pessoas, na medida em que podem exercer influências recíprocas; 2º. O Direito trata da relação de arbítrios de uns com os outros e não de desejos. Na relação jurídica, o arbítrio de um deve estar relacionado com o arbítrio dos outros e não com seus desejos. A relação jurídica implica na capacidade consciente de atingir o objeto do desejo. Posso ter o desejo de adquirir um belo imóvel numa região muito valorizada, mas posso não ter a capacidade jurídica de realizar esse desejo. Em um contrato de compra e venda requer-se a relação recíproca entre dois arbítrios e não de arbítrios e desejos. 3º. Em uma relação jurídica importa a forma e não a matéria do arbítrio, isto é, não importam os fins subjetivos ou as intenções que movem os sujeitos agentes. Os interesses pessoais visados são irrelevantes diante das condições formais a serem atendidas. Num contrato de compra e venda são irrelevantes as razões que as partes têm para a efetuação do negócio. O que importa é o atendimento das condições formais pertinentes ao contrato. Nesse caso, como lidar com os *hard cases*? E se circunstâncias novas alterarem as condições formais a tal ponto de o seu cumprimento acarretar graves injustiças, como proceder?

É, sobretudo, nesse terceiro aspecto que reside toda discussão referente ao formalismo jurídico kantiano. Segundo Bobbio, “atribuir caráter formal ao direito significa dizer que o direito prescreve não tanto o que se deve fazer, mas *como* se deve fazer” (BOBBIO, 1984, p. 70). Se na ética se dá ênfase ao procedimento do imperativo categórico, também na relação jurídica toda importância recai sobre o procedimento, isto é, o imperativo categórico do Direito. Observa-se que tanto o Direito quanto a Ética prescrevem *como* se deve proceder e não indicam o que se deve fazer. A insistência num procedimento tem o mérito de poder ser aplicado a todos os conteúdos éticos e jurídicos, com a devida distinção no referente à motivação. Essa teoria procedimentalista de Kant pode ser chamada de formalista.

No que diz respeito ao Direito, a definição kantiana é clara: "O Direito é o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de outro, segundo uma lei universal da liberdade" (KANT, 1982, p. 337). A ênfase está nas condições formais e não no conteúdo material. O Direito, dessa forma, está desvinculado da ética. É a compatibilidade das ações externas, de acordo com as leis, que importa e não as motivações internas. É o que diz a "lei universal do Direito": "Age externamente de tal maneira que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal" (KANT, 1892, p. 338). O que importa é a coexistência de liberdades externas, concordantes com uma lei universal. Mas isso separa claramente ética e direito, o que tem implicações expressas na interpretação, aplicação e na justiça das leis. Cumprir a lei pela lei é justo, ou seja, cumprir a lei sem causar impedimentos é externamente correto. Mas se as consequências desse cumprimento forem injustas? A justiça formal não resolve esse problema. Trata-se do desafio do formalismo jurídico. Embora traga segurança jurídica, não resolve o problema da injustiça. O problema, portanto, não está na construção da lei moral e da lei positiva, mas na sua aplicação.

Para Kant, a coexistência de liberdades externas é justa quando de acordo com leis universais. Colocar obstáculos ao livre exercício dessas liberdades é ser injusto. Mas isso reduz o conceito de justiça à mera legalidade e não a uma possível base moral, conforme enunciado na introdução da *Doutrina do Direito* e acima referido. Não fora sustentado pelo próprio Kant que o conceito de justiça não pode ser buscado na lei positiva e sim na razão? Ou seja: não fora sustentado por ele que o direito positivo enuncia o que é lícito ou ilícito, mas não o que é justo? Ora, se é a razão que deve estabelecer o que é justo, através de princípios a priori, qual é propriamente a relação entre princípios e leis? Por que não recorrer aos princípios em vez de aplicar leis com consequências injustas? Não é o direito natural que fundamenta o direito positivo, conforme anunciado na *Doutrina do Direito*? Observa-se que a solução do problema da aplicação de uma lei com consequências injustas está na própria fundamentação moral do Direito em Kant.

Dworkin, em *Levando os Direitos à Sério*, destaca a importância da distinção entre regras e princípios, sobretudo no tratamento dos *hard cases*. As regras se fundamentam em princípios e estes não são extralegais, como sustentam os



positivistas. Portanto, os juízes devem recorrer aos princípios quando não há regras claras ou quando a sua aplicação implica em consequências injustas.<sup>12</sup> Aliás, o autor se inspira fortemente nos conceitos de autonomia e dignidade humana de Kant, ao tratar do tema da eutanásia.

### 3.4 Kant a favor de Kant

Além do terceiro elemento constitutivo do conceito do Direito, visto acima, o problema da influência kantiana na formulação do positivismo jurídico encontra apoio explícito quando da distinção entre direito em sentido estrito e direito em sentido lato, feita no "apêndice à introdução à *Doutrina do Direito*". A questão central gira em torno da separação entre Ética e Direito. Ao definir o direito estrito como aquele que "vem acompanhado da faculdade de obrigar", Kant sustenta que ele "não exige outros fundamentos de determinação do arbítrio a não ser os meramente externos" (KANT, 1982, p. 339). Com isso, o distingue claramente da Ética, tendo em vista que o direito estrito "é aquele que não se mescla nada de ético" (KANT, 1982, p. 339). Nesse caso, uma decisão jurídica não pode ter base ética.

A defesa de uma "teoria pura do direito" é o passo natural. É o que faz Kelsen. É o próprio Kant que afirma ser o direito estrito "puro e sem mescla com qualquer prescrição de virtude" (KANT, 1982, p. 339). O problema desse formalismo, que é uma tese de todos os liberais, é a defesa da neutralidade ética do direito. Ora, as diferenças de origem, gênero e religião não colocam exigências especiais de reconhecimento? Forst fala em "cegueira" do direito liberal diante essas diferenças (cf. FORST, 2010, p. 91). Segundo ele, o ético certamente coloca exigências que não podem ser ignoradas pelo direito.

Ocorre que, para Kant, o Direito se fundamenta "no princípio da possibilidade de uma coação externa, que pode coexistir com a liberdade de qualquer um, segundo leis universais" (KANT, 1982, p. 339). Mas isso diz respeito apenas às condições formais. O que, afinal, obriga o devedor ao pagamento de uma dívida ou ao

---

<sup>12</sup> À propósito da distinção entre regras e princípios e o debate de Dworkin com o positivismo jurídico referente ao poder discricionário dos juízes, ver *Levando os Direitos a Sério*, capítulo 02 (O modelo das regras I). O alvo é, principalmente, Hart.

cumprimento das cláusulas contratuais? Do ponto de vista jurídico é a lei positiva. E se o cumprimento das cláusulas contratuais tiver consequências injustas? O recurso a uma fundamentação ética está descartado. Do ponto de vista do direito estrito permanecemos na doutrina pura do Direito sem "mesclas" éticas. Essa é a tese do positivismo jurídico.

Mas como entender, então, a posição kantiana de que as leis éticas e as leis jurídicas têm um fundamento comum, as leis morais? Se a lei positiva diz o que é lícito ou ilícito e não o que é justo ou injusto, que é uma atribuição da razão, passará a justiça a ser uma categoria irrelevante para o direito estrito? Cairá Kant num mero legalismo?

Numa primeira impressão, a distinção entre direito estrito e direito em sentido lato parece confirmar essa tese. A diferença entre os dois consiste em que o primeiro está ligado à autorização (competência) para coagir, ao passo que no segundo essa autorização "não pode ser determinada por uma lei" (KANT, 1982, p. 341). O direito de equidade e o direito de necessidade são apresentados como exemplos de direitos em sentido lato. O primeiro é indicado como um "direito sem coerção" (*Recht ohne Zwang*). Ou seja: pela equidade admite-se um direito, mas que não pode obrigar. O segundo é indicado como uma "coerção sem direito" (*Zwang ohne Recht*) (KANT, 1982, p. 341). Pela necessidade impõe-se uma exigência, embora sem direito. É o caso dos naufragos que tentam se salvar através de um pedaço de madeira que suporta apenas um deles. Pela necessidade, um pode se livrar do outro, embora não tenha o direito de fazê-lo. Trata-se de um ato de violência lícito, embora não justo.

Acontece que os dois direitos são apresentados como direitos, mas não em sentido estrito. Logo, temos um problema quanto a sua eficácia. Como efetivá-los se não há instrumentos legais para tal? Significa isso que eles não entram na relação moral e direito? A fundamentação moral do direito vale somente para o direito estrito? Mas Kant reconhece o direito de equidade, embora sustente que as condições formais requeridas pelo juiz inexistem. Ou seja, é um "suposto direito". O direito de equidade, por mais que seja "uma questão de direito", não pode ser atendido "pela via judicial", uma vez que a equidade se orienta pelo "tribunal da consciência" (*Gewissensgericht*) e a questão de direito é objeto do tribunal civil (KANT, 1982, p. 342).

Ora, se as leis jurídicas, assim como as leis éticas, se fundamentam nas leis morais, por que não recorrer a estas para promover a justiça? Vejamos o exemplo de Kant referente ao direito de equidade: um contrato de trabalho é celebrado entre empresário e empregado de acordo com as leis trabalhistas em vigor. Depois de alguns meses, o salário se vê corroído por uma moeda inflacionada. O funcionário já não tem o poder aquisitivo do começo do contrato. Pela equidade, reconhece Kant, cria-se um direito de reajuste pelo funcionário, um direito de equidade. É fato que circunstâncias alheias às vontades dos pactuantes alteraram as condições do contrato. Seguir suas cláusulas resulta em grave injustiça. Mas, seguir as cláusulas, é o que Kant prevê, uma vez que o juiz somente pode se pronunciar sobre as prerrogativas contratuais, portanto, sobre o direito estrito. A equidade é uma "divindade muda" que não pode ser ouvida. Mas por que não? Porque é um direito em sentido lato. Ou seja, é um direito, mas que não pode ser exigido. Dessa forma, o juiz não pode proferir uma sentença sobre o que não está previsto no contrato. Logo, o juiz não pode fazer justiça. Pelo que se observa, estamos diante de uma noção de justiça puramente formal.

Sobre isso vale registrar a posição de Perelman. Referindo-se a Aristóteles, ele qualifica a equidade como a "muleta da justiça", isto é, o recurso à equidade deve dar-se "quando a lei parece manca". Ainda acrescenta Perelman: "O recurso à equidade é um recurso do juiz contra a lei; apela-se ao seu senso de equidade quando a lei, aplicada rigorosamente, em conformidade com a regra de justiça, ou quando o precedente, seguindo à letra, conduzem a consequências injustas" (PERELMAN, 2002, p. 163). Nesse caso, não ocorre uma separação entre leis morais e leis jurídicas. O princípio do precedente vale, isto é, casos semelhantes devem ser tratados de forma semelhante, mas ele pode não ser aplicado se disso resultarem consequências injustas. Logo, o juiz só aplica uma lei injusta ou com consequências injustas se quiser.

É exatamente o que ocorre no exemplo de Kant. Cumprir as cláusulas contratuais, que não previam inflação, conduz a consequências injustas. Pode, então, o juiz não aplicar a lei e apelar ao direito de equidade. Mas isso não provocaria uma insegurança jurídica? Esse é o mérito, mas também a insuficiência do positivismo jurídico. Mérito porque cumprir a lei dá segurança, insuficiência porque coloca a lei

acima da justiça ou reduz a justiça aos limites da lei. Caímos na justiça formal. Ora, a lei vale, mas pode não valer, se na sua aplicação as consequências forem injustas. É o problema do princípio do precedente. Embora ele seja a regra da justiça, às vezes, segui-lo traz consequências injustas. Diz Perelman: "A equidade pode prevalecer sobre a segurança, e o desejo de evitar consequências iníquas pode levar o juiz a dar novas interpretações à lei, a modificar as condições de sua aplicação" (PERELMAN, 2002, p. 166). O problema não são as "condições indeterminadas", pois se as leis se fundamentam em princípios é a eles que se deve recorrer para fazer justiça. Pela equidade se está disposto a abrir mão da letra da lei, em determinadas condições. A equidade é uma forma de correção da lei, com o intuito de fazer justiça.

Acontece que Kant reconhece o problema da injustiça no caso do direito de equidade, ao apontar uma "contradição" no "tribunal da equidade", ou quando afirma que "o ditado da equidade" é esse: "O mais estrito direito é a maior injustiça" (KANT, 1982, p. 342). O problema é que, segundo ele, esse mal não pode ser remediado pela via judicial. Kant joga o direito de equidade para o "tribunal da consciência", enquanto o problema do reajuste salarial do funcionário deveria ser examinado e resolvido pelo direito civil, ou seja, pelo direito estrito. É uma decisão legal, mas não de acordo com uma lei jurídica com fundamentação moral.<sup>13</sup>

Algo semelhante ocorre com outro "suposto direito", o direito de necessidade. De acordo com Kant, se está autorizado a tirar a vida de alguém em caso de perigo da perda da própria vida, ainda que este alguém não me tenha causado nenhum mal (cf. KANT, 1982, p. 343). O autor considera esse "ato de autopreservação" como não podendo ser julgado "inculpável" (*unsträflich*), mas apenas "não punível" (*unstrafbar*).

Ora, trata-se de um direito da preservação da própria vida em caso de perigo extremo. Estou autorizado a usar de todos os meios para salvar minha vida. Logo, é um ato não só não passível de punição, mas também é "inculpável". Para Kant há culpa, embora não possa haver punição. O autor acerta em dizer que "a necessidade não tem lei" (*Not hat kein Gebot*), mas erra ao afirmar que "não pode haver necessidade que tornasse legal o que é injusto" (KANT, 1982, p. 343). Isso significa

---

<sup>13</sup> É interessante notar que, para Dworkin, "razões de consciência" podem ser arroladas na justificação da desobediência às leis injustas. Rawls, nesse ponto, não o acompanha, e Kant muito menos.

que está admitindo que um ato praticado em estado de necessidade é injusto, embora não seja punível. Ou seja, é lícito, mas não é justo. Ora, se o direito se fundamenta nas leis da razão é a estas que se deve recorrer como instância para fazer justiça. Se a lei positiva diz o que lícito ou ilícito, e não o que é justo, e este tem como fonte a razão, é a esta que se deve recorrer. Kant admite que alguém possa reconhecer como justo para si o direito de necessidade, mas que não pode ser “confirmado diante de um tribunal”. Também aqui o autor dá uma solução puramente formal para o direito de necessidade, quando poderia apelar para a lei da razão. Nesse caso, não há incompatibilidade entre licitude e justiça.

Cabe observar que Kant entende o direito de necessidade de forma muito restritiva. Esse direito se aplica a um universo mais amplo de situações de extrema necessidade. Posso me apropriar de frutas do pomar de meu vizinho como último recurso para saciar minha fome e assim salvar minha vida. Não posso ser privado de bens necessários para minha sobrevivência, instrumentos de trabalho, por exemplo, apesar de uma dívida contraída num banco. Não se trata apenas de licitude (uma ação não é nem ordenada nem proibida), mas também de justiça. O argumento de Kant vai no sentido de considerar a licitude no exemplo citado (perigo de vida) como “moralmente indiferente” (KANT, 1982, p. 329). Os exemplos do estado de necessidade citados não violam a lei do direito de propriedade, apenas mostra que há situações em que ele pode ser relativizado. Há uma justificação moral para isso. Kant tem um problema sério com as exceções.

Essa é, também, a dificuldade que se coloca ao formalismo jurídico. Qual é, então, a importância da distinção entre leis éticas e leis jurídicas, como subespécies das leis morais? A fundamentação moral do direito fica claramente demonstrada na Introdução da *Doutrina do Direito*. Se a concepção de justiça é moral, dada pela razão, e se o direito natural fundamenta o direito positivo, por que não assegurar o direito de equidade pela via jurídica? A lei jurídica não deveria concretizar o conteúdo moral? Em nome desse conteúdo não pode o juiz deixar de aplicar uma lei com consequências injustas? A equidade não implica na disposição de abrir mão da letra da lei, em determinadas condições? É a letra da lei ou o espírito da lei que o contrato social deveria privilegiar? A propósito da fundamentação do direito positivo no direito natural, em Kant, S. Nour escreve: “Se por um lado, o direito positivo deve buscar seu

fundamento no direito natural, por outro, uma comunidade não pode ser governada apenas pelo direito natural, e sim pelo direito positivo que o direito natural deve fundar" (NOUR, 2004, p. 94). Se os princípios da legislação positiva são fornecidos pela razão, está dada uma alternativa para evitar a aplicação da justiça formal aos casos controversos. Ao conceituar o direito, na *Doutrina do Direito*, Kant escreve:

A questão de ser também justo àquilo que as leis prescreviam, ou a questão do critério universal pelo qual se pode reconhecer em geral o justo e o injusto, permanecem-lhe totalmente ocultas se ele não abandona durante algum tempo aqueles princípios empíricos e busca as fontes desses juízos na mera razão [...] de modo a estabelecer os fundamentos de uma possível legislação positiva (KANT, 1982, p. 336).

Está claro que a fonte dos princípios da justiça é a razão. Deixar de aplicar a lei positiva nos casos de consequências injustas, está em poder de cada julgador em Direito. A solução do problema, portanto, parece estar no próprio Kant, na medida em que sustenta uma fundamentação moral do direito, conforme já referido. Todavia, situar o direito de equidade no nível do direito em sentido amplo menospreza aquela fundamentação e cai no positivismo jurídico. Se o conceito de justiça somente pode ser dado pela razão e não pelo direito positivo é às leis morais que se deve recorrer, principalmente nos *hard cases*. Nesse ponto Dworkin merece ser referido:

A Constituição torna nossa moral política convencional relevante para a questão da validade. Qualquer lei que pareça comprometer essa moral levanta questões constitucionais, e se esse comprometimento for grave, as dúvidas constitucionais também serão graves (DWORKIN, 2002, p. 318).

Isso indica a íntima relação entre questões morais e questões jurídicas, tese que o afasta do positivismo. Teríamos, então, que sustentar que o direito de equidade e o direito de necessidade não são "casos duvidosos" ou "anômalos", para usar a expressão de Bobbio, interpretando Kant, (BOBBIO, 1984, p. 79), mas são direitos líquidos e certos. Nesse caso, o juiz poderia recorrer ao direito natural ou às leis

morais com o intuito de assegurar aqueles direitos. O direito estrito reduz a atuação dos juízes à letra das leis. Mas o que acontece com os princípios? Não são estes que fundamentam as leis? Se admitirmos essa fundamentação tiramos o caráter arbitrário delas. No caso do direito de equidade, Kant claramente desvincula o direito formal da justiça, embora sustente uma fundamentação moral do Direito. "Há um recurso a uma concepção de justiça no nível moral (dado pela razão), mas não assegurada pela via jurídica" (WEBER, 2013, p. 43), uma vez que nos casos referidos "não pode ser encontrado um juiz" (KANT, 1982, p. 341). É preciso salientar que as leis jurídicas são uma subclasse das leis morais onde o conteúdo do justo pode ser encontrado. É Kant a favor de Kant.

### **Considerações finais**

A análise dos escritos jurídico-políticos de Kant nos permite constatar alguns aspectos que influenciaram o positivismo jurídico. O assim chamado formalismo dá sinais bastante convincentes dessa herança. O autor não só distingue mas separa forma e conteúdo da lei, sobretudo quando trata da determinação da razão pura em relação à vontade do sujeito agente. Quando se trata do agir moral, já na *Crítica da Razão Prática* insiste na necessidade da determinação imediata da razão, portanto, sem instâncias mediadoras. No procedimento do imperativo categórico, o que deve determinar a vontade é a forma da lei, isto é, a universalidade e a necessidade, e não a sua materialidade. Nesse caso, cabe uma crítica consequentialista ao formalismo kantiano, tal como Hegel tem feito.

Quanto aos elementos constitutivos do conceito do Direito, ou seja, na relação jurídica, importa a forma e não o interesse subjetivo das vontades envolvidas. Na celebração de contratos, por exemplo, importa o atendimento das condições formais que os regulam. Ocorre que circunstâncias e consequências, por vezes alheias às vontades dos envolvidos, podem gerar dúvidas quanto à justiça do efetivo cumprimento das referidas condições. O formalismo dá segurança e estabilidade ao sistema jurídico, mas corre o risco de produzir sérias injustiças. A validade apriorística tanto da lei moral quanto das normas jurídicas coloca enormes dificuldades para se pensar na possibilidade de exceções, principalmente para tratar

de soluções que envolvem os *hard cases*. Valores éticos e razões de consciência decididamente não podem ser consideradas nas decisões jurídicas. É o que, em parte, ocorre com a regra do precedente: casos semelhantes devem ter tratamento semelhante. Mas se a aplicação dessa regra acarretar consequências injustas, não se aplica essa regra e recorre-se aos princípios. Estes não são extralegais, como querem alguns positivistas, mas constituem a ciência normativa do Direito.

Considerar os direitos de equidade e o de necessidade como “direitos duvidosos” abre uma lacuna quanto ao problema da efetivação desses direitos, hoje amplamente reconhecidos. Como não considerar o direito de necessidade na satisfação das necessidades básicas de vida digna, o mínimo existencial? Por que não recorrer à equidade quando a norma jurídica parecer “manca”?

Kant defende uma concepção moral do Direito, mas não se vale dela para garantir direitos amplamente reconhecidos, como é o caso do direito de equidade e o de necessidade. Deixa claro que os juízes somente podem decidir de acordo com as cláusulas contratuais. Essa é uma postura positivista. Ora, é precisamente nos casos duvidosos que se deve abandonar as regras e recorrer aos princípios, evitando consequências injustas.

Fica claro, no entanto, que a solução está em Kant. A proposição e defesa de “princípios metafísicos do Direito” situa o tema da justiça para fora do direito positivo, permitindo, pois, o recurso ao direito natural e, portanto, à razão, para realizar a justiça requerida por aqueles direitos. Nesses casos, Kant não aplicou sua própria teoria. Por isso, Kant a favor de Kant.

## Referências

BECKENKAMP, J. Sobre a Moralidade do Direito em Kant. *Ethic@*, Florianópolis, 8 (I): 63-83, 2009.

BOBBIO, N. *Direito e Estado no pensamento de Kant*. Brasília: UNB, 1984.

DWORKIN, R. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FORST, Rainer. *Contextos da Justiça*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.



GOMES A/MERLE J. A. *A Moral e o Direito em Kant*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2007.

HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

KANT, I. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1974.

\_\_\_\_\_. *Die Metaphysik der Sitten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982.

\_\_\_\_\_. *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2016.

\_\_\_\_\_. *Metafísica dos Costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLEIN, Joel Thiago. *Kant e a Ideia de uma História Universal*. São Paulo: Loyola, 2016.

NOUR, Soraya. *À Paz Perpétua de Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, C. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PATON, H.J. *The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy*. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 1971.

RAWLS, J. *História da Filosofia Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SANDEL, M. *Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia do Direito*. Petrópolis: VOZES, 2013.

## 4. A CRÍTICA DE HEGEL À FILOSOFIA MORAL KANTIANA DEPOIS DE RAWLS<sup>1</sup>

### Introdução

O debate entre dois clássicos da Filosofia Prática – Kant e Hegel – é conhecido pelas suas diferenças de fundamentação e justificação. A crítica consequencialista de Hegel ataca de frente o chamado formalismo da moral kantiana. Essas divergências<sup>2</sup> já foram objeto de análise em outra publicação. Não se trata, aqui, de fazer uma reconstrução das principais teses da Filosofia Moral de Kant, nem das críticas de Hegel, a não ser enfocá-las a partir de um dos maiores expoentes da Filosofia Prática Contemporânea, o neokantiano J. Rawls. Como ler e entender Kant e a crítica de Hegel, a partir da interpretação e aplicação do imperativo categórico feitas por Rawls? Como reler a crítica ao formalismo kantiano? Como a dialética rompe com esse formalismo?

O capítulo, portanto, propõe-se rever algumas das críticas de Hegel a Kant, inspirado, sobretudo, na interpretação de Rawls do imperativo categórico e suas formulações, o que poderíamos chamar de interpretação procedimentalista de Rawls, bem como do construtivismo moral kantiano. Para tal intento, torna-se necessária uma breve análise das principais contribuições do filósofo americano na explicitação da doutrina moral de Kant, dando ênfase ao tema das aplicações do imperativo categórico, por ser este um dos principais alvos da crítica de Hegel. A acusação de “vazio formalismo” fixa-se em boa medida na primeira formulação do mesmo, embora atinja toda teoria moral do autor. O segundo aspecto é dedicado à análise de alguns elementos da crítica de Hegel à Filosofia Moral do filósofo de Königsberg. *Princípios da Filosofia do Direito e Sobre as maneiras de tratar cientificamente o direito natural* são as obras de principal análise. Em terceiro lugar, é feita uma avaliação dessa crítica hegeliana a partir de alguns aspectos da leitura rawlsiana de Kant. O intuito é propor uma certa reatualização das principais teses da

---

<sup>1</sup> Publicado na revista: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/fass/article/view/40340>. Revisado com alterações para esta edição.

<sup>2</sup> Ver WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia Política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

Filosofia Moral kantiana motivada pela crítica de Hegel, dentro de uma perspectiva dialética. Disso a esquerda hegeliana, principalmente Marx, irá se beneficiar enormemente.

### 4.1 A interpretação rawlsiana da Filosofia Moral de Kant.

Para se avaliar a pertinência ou não da crítica de Hegel à Filosofia Moral de Kant em muito contribui a distinção de Rawls entre lei moral, imperativo categórico e o procedimento do imperativo categórico (cf. RAWLS, 2005, p. 192)<sup>3</sup>. A lei moral é uma "ideia da razão"; se aplica a todos os seres razoáveis e racionais, inclusive a Deus (RAWLS, 2005, p. 192). O imperativo categórico diz respeito apenas aos "seres finitos e imbuídos de necessidades". Somente seres humanos precisam de imperativos, pois precisam fazer frente às suas paixões. O imperativo categórico mostra como a lei moral se aplica a eles. O procedimento do imperativo categórico refere-se às circunstâncias em que o imperativo categórico é aplicado e precisa adaptar-se a uma determinada situação. Escreve o autor: "Para que o imperativo categórico se aplique à nossa situação, precisa adaptar-se às nossas circunstâncias na ordem da natureza" (RAWLS, 2005, p. 193). Saliente-se que Rawls fala em situação, circunstâncias e leis da natureza. Isso envolve diretamente a primeira formulação e as aplicações do imperativo categórico, embora discuta longamente a segunda formulação – a da dignidade (o homem como fim em si mesmo) – e a terceira – a da autonomia (o reino dos fins).

Diante disso, o que significaria falar em formalismo? Terá Hegel levado em consideração exatamente esses aspectos? Terá levado em conta todas as formulações do imperativo categórico, sobretudo a que se refere ao ser humano como fim em si mesmo e a que diz respeito à autonomia? (Cf. KANT, 1974b, seção II).

---

<sup>3</sup> Sobre o imperativo categórico e suas formulações, ver Kant, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, seção II. Weber, Thadeu. *Ética e Filosofia do Direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Capítulo 1. Rawls, J. *História da Filosofia Moral*. Capítulos II a IV. Paton, H. J. *The Categorical Imperative*.

Rawls dá ênfase ao procedimento do imperativo categórico e o faz em quatro passos. O intuito é mostrar como ele se aplica à nossa situação levando em conta determinadas circunstâncias.

O primeiro passo trata da máxima do sujeito agente, como princípio subjetivo do querer. Supõe-se que seja racional, considerando a situação do agente e as alternativas disponíveis. Supõe-se também que a máxima seja sincera, ou seja, indique razões reais e bem pensadas por parte do agente. Espera-se que ele tenha considerado as características de suas circunstâncias, com razoabilidade. Assim, temos: "Devo fazer X nas circunstâncias C a fim de realizar Y a menos que Z" (RAWLS, 2005, p. 194). Tomando o exemplo da promessa enganosa, aplicada ao passo 1 temos: "Devo fazer uma promessa enganosa nas circunstâncias C" (quais sejam: estou em dificuldades financeiras e preciso de dinheiro emprestado, prometo devolvê-lo mesmo sabendo que não terei condições para tal).

O segundo passo refere-se à generalização do primeiro passo. A lei prática é o resultado da máxima que passou pelo teste do procedimento do imperativo categórico. Ela, então, é válida para todo ser racional. Assim reza o passo 2: "Todos devem fazer X nas circunstâncias C a fim de realizar Y a menos que Z" (RAWLS, 2005, p. 194). Aplicado ao exemplo da promessa enganosa, temos: "Todos devem fazer uma promessa enganosa nas circunstâncias C" (RAWLS, 2005, p. 194). Temos, então, uma lei que vale para todos.

O terceiro passo indica a passagem do preceito universal do passo 2 para uma lei da natureza. "Todos sempre fazem X nas circunstâncias C a fim de realizar Y, como se por uma lei da natureza". No exemplo da mentira temos o correspondente ao passo 3: "Todo fazem (ou tentam fazer) uma promessa enganosa em circunstâncias C, etc. (como por uma lei da natureza)". Nesse passo a mentira universalizada é elevada ao status de lei da natureza.

O quarto passo associa a lei da natureza resultante do terceiro passo às demais leis da natureza já existentes. Ocorre que uma nova ordem natural resulta do acréscimo da lei originária do passo 3 às outras leis da natureza. Essa nova ordem natural é chamada por Rawls de "mundo social ajustado". A questão é: como se comporta a nova ordem natural com a associação da nova lei? Poderíamos ainda falar em mundo social ajustado? No caso do exemplo da promessa enganosa nesse

passo 4 devemos associar a lei da natureza do passo 3 "todos fazem uma promessa enganosa", às demais leis da natureza. A pergunta que devemos fazer é: gostaríamos de fazer parte de um mundo em que a mentira fosse lei universal, junto com as outras leis naturais? Poderíamos querer pertencer a esse mundo?

A resposta de Kant, na interpretação de Rawls, seria essa: se não pudermos querer pertencer a esse mundo onde a promessa enganosa é uma lei, então não podemos agir segundo aquela máxima do passo 1. Ou seja, esse mundo social ajustado é um mundo no qual ninguém pode fazer uma promessa enganosa nas circunstâncias C. Essa nova ordem natural se desajustaria com a mentira universalizada. Se a promessa enganosa viesse a ser uma lei, isso se tornaria público e ninguém mais acreditaria em ninguém. Teríamos, então, um mundo social desajustado e desequilibrado. A mentira universalizada não se ajusta às outras leis da natureza.

O ponto aqui é que não podemos desvincular a possibilidade da promessa enganosa das circunstâncias C, referidas no primeiro passo. Mas se as circunstâncias fossem outras? Um novo teste de universalização precisa ser feito. Mas então o dever de dizer a verdade não vale aprioristicamente? A interpretação mais difundida de Kant é a de que ele estaria separando forma e conteúdo. A lei moral valeria independentemente do contexto (conteúdo, circunstâncias). Logo, não poderíamos mentir nunca. Com a crítica de Hegel e a interpretação de Rawls abre-se uma outra perspectiva. Na aplicação do imperativo categórico é dada a ênfase às circunstâncias e, portanto, a crítica ao formalismo deve ser revista. O ideal (o dever-ser) é não mentir nunca, mas na aplicação, tendo em vista as circunstâncias, as vezes é permitido.

O que chama a atenção nessa leitura é a importância dada à distinção entre o imperativo categórico e o procedimento do imperativo categórico e com isso ao destaque às "circunstâncias C". Aqui está um dos pontos centrais: levar ou não em consideração as circunstâncias, no teste da universalização. As circunstâncias são ou não relevantes na avaliação do valor moral das ações? Kant não defendia exatamente que o imperativo categórico valia independentemente das circunstâncias? Afinal, a lei moral se aplica, considerando as circunstâncias ou vale independente delas? A verdade sempre deve ser dita ou em determinadas

circunstâncias pode ser evitada? Não deveríamos falar em validade apriorística do princípio segundo o qual “é um dever dizer a verdade”? (KANT, 1986, p. 173). Isso poderia não valer em certas circunstâncias? A mentira contada a um assassino a fim de proteger um inocente, é permissível? A insistência nas circunstâncias indica a fundamental relevância que a aplicação do imperativo categórico tem com relação às situações concretas. Se existirem circunstâncias em que a verdade não precisa ser dita, isso não invalida o princípio de que é um dever dizer a verdade.

Além do mais, não se pode deixar de destacar a interpretação rawlsiana da terceira formulação do imperativo categórico – a do reino dos fins. Ao poder querer que uma máxima se torne lei universal, exercemos a função de legisladores para uma comunidade moral. Portanto, o conteúdo moral – as normas de ação – não são dadas, mas construídas. É o que Rawls chama de construtivismo moral.<sup>4</sup> Não há, pois, uma mera justificação de normas já existentes, mas uma construção de novas e sua justificação.

Outra questão diz respeito à necessidade de que uma ação moral, na perspectiva kantiana, seja desprovida de interesses. Segundo a interpretação de Rawls, para Kant “toda a ação é movida por algum interesse”. Ele “nunca postulou uma ação realizada exclusivamente segundo a razão, se a entendermos como uma ação desprovida de um interesse que a mova” (RAWLS, 2005, p.05). Rawls dá um destaque ao fato de que toda ação tem um “objeto ou objetivo”. Isso a vincula a algum tipo de interesse. Daí a importância de se avaliar a procedência da crítica hegeliana de uma ética formalista e pouco realista. Certamente não são os interesses que conferem valor moral às ações, mas eles certamente estão presentes.

#### **4.2 A crítica de Hegel à Filosofia Moral de Kant.**

Hegel acusa Kant de cair num “vazio formalismo” ou numa “indeterminação abstrata”, pelo fato de não considerar as circunstâncias em que ocorrem as ações e levar em conta, tão somente, a forma da lei (HEGEL, 1975, p. 166). Segundo ele, o imperativo categórico não enuncia o que deve ser feito, ou seja, não determina um

---

<sup>4</sup> O tema do construtivismo moral de Kant é amplamente abordado, por Rawls, em *História da Filosofia Moral*, capítulo VI; *O Liberalismo Político*, p. 144.

conteúdo moral, podendo, nesse caso, ser usado tanto para justificar um ato moral como imoral. O teste da universalização é um teste puramente formal. Hegel insiste em dizer que Kant cai numa "indeterminação abstrata", processo no qual nem sequer se passou pela mediação social. É uma moral do dever pelo dever, portanto, descontextualizada. O critério da não-contradição reduz-se a uma "concordância formal" consigo mesmo. Para ele, o imperativo categórico deveria pressupor determinado conteúdo moral, para que então na sua aplicação pudesse ou não haver contradição. Haver ou não propriedade não implica em nenhuma contradição. Esta somente ocorre se houver um princípio que ordena o respeito à propriedade privada. Violá-la, então, é cair numa contradição. A generalização de que todos podem negar um depósito que ninguém pode provar tem como consequência o desaparecimento dos depósitos. Mas isso só implica em contradição se houver um princípio prévio que prevê o respeito ao respectivo direito fundamental, no caso, o direito de propriedade.

É importante registrar que o critério da não-contradição é adotado e explicitado por Kant quando da primeira formulação do imperativo categórico ou mais especificamente nos exemplos referidos, quando da referência à lei universal da natureza. Cai em contradição quem reconhece a validade da lei moral, mas subjetivamente abre exceções a seu favor. Para Hegel, a contradição aí referida é apenas formal. Para ele, ocorre uma separação indevida entre forma e matéria da lei moral. Como poder-se-ia cair numa contradição se não houver a determinação de um conteúdo moral? A materialidade da lei é fundamental.

Hegel reconhece a importância da moral do dever pelo dever, a fim de resguardar a autonomia do sujeito agente. Mas trata-se de uma noção abstrata do dever, uma vez que não há definição de um conteúdo particular e um fim determinado. Toda ação exige um conteúdo particular, coisa que o dever pelo dever não faz. Hegel reconhece a importância da autodeterminação da vontade como "a raiz do dever", mas isso não passa de uma fundamentação subjetiva do dever, ou seja, Kant permanece "no mero ponto de vista da moralidade e não passa para conceito de eticidade" (HEGEL, 1975, p. 166). A moralidade kantiana, ao situar-se no plano do dever pelo dever, não trata das determinações objetivas da vontade livre.

Hegel pretende continuar onde Kant parou: a eticidade com suas determinações objetivas da liberdade – as mediações sociais. Para Hegel, o fato de permanecer no “mero ponto de vista moral”, sem passar para o nível da eticidade, reduz a moral do dever pelo dever a um “vazio formalismo”. Se partimos da “determinação do dever como ausência de contradição ou concordância formal consigo mesmo”, caímos numa “indeterminação abstrata”, onde não se pode “passar para a determinação de deveres particulares” (HEGEL, 1975, p. 166). Para Hegel, não se age, pura e simplesmente, em cumprimento do dever pelo dever, mas se cumpre um dever por causa de um conteúdo. E como não há a determinação de um conteúdo, o procedimento pode ser usado para justificar qualquer um, ou seja, ora um, ora o seu contrário.

Em *Sobre as maneiras de tratar cientificamente o direito natural* (1979) Hegel, muito antes da *Filosofia do Direito*, faz uma dura crítica ao formalismo da moral kantiana. “Kant reconhece que a razão prática renuncia a toda a matéria da lei e que só a forma da máxima do livre-arbítrio pode converter-se em lei suprema. A máxima do livre-arbítrio tem um conteúdo e inclui em si uma determinidade” (HEGEL, 1979, p. 34). Ou seja, a máxima é o princípio subjetivo da ação. E continua Hegel: “Por outro lado, a vontade pura está livre de determinidades; a lei absoluta da razão prática consiste em elevar aquela determinidade à forma da unidade pura, sendo a lei a expressão dessa determinidade assimilada na forma” (HEGEL, 1979, p. 34). Para ele, a lei é uma expressão formal de uma máxima (uma determinidade). Ela eleva a matéria (a máxima) à unidade da forma. A lei só diz o que é, ou seja, o que a máxima já dissera. Ela diz que o que é, deve ser. A universalidade formal não vai além da imediatidade da máxima. A lei resultante do teste formal da universalização seria uma mera proposição analítica e, portanto, não diz nada de novo. Ora, é preciso lembrar que Kant insiste na tese de que o imperativo categórico é uma proposição sintética a priori e não uma proposição analítica.

Na crítica hegeliana, o teste formal da universalização só funciona se já for conhecido um determinado conteúdo moral. A devolução de um depósito somente seria uma obrigação se houvesse a vigência de um princípio que prescrevesse essa exigência. Pode-se dizer que o assassinato é um crime somente sob a alegação de que isso não pode ser universalizado? Ou pode-se dizer que a máxima do assassino



não pode ser universalizada pelo fato de já sabermos ser o assassinato um crime? Comentado a crítica de Hegel a Kant, afirma Seung: "Nosso julgamento moral desse ato precede o teste formal da universalização" (SEUNG, 1994, p. 109). Nesse caso o imperativo categórico se tornaria dispensável. Aqui temos uma questão central: a aplicação do imperativo categórico pressupõe ou não um determinado conteúdo moral? Seu papel é somente justificar o que já é prática vigente? Hegel parece ignorar o construtivismo moral kantiano.

Para Hegel, nesse teste formal, Kant estaria caindo em proposições tautológicas. Se houver propriedade, então deve haver propriedade. Se não houver o direito de propriedade legitimado, então admite-se a sua violação. Para Hegel, o interesse de Kant com o imperativo categórico é justificar aquilo que já é prática vigente para o "entendimento moral popular" (KANT, 1974, p. 136). Ocorre que uma comunidade moral pode ter costumes, tradições e prerrogativas morais institucionalizadas de forma bem diferente de outra comunidade. Comunidades morais podem viver em ambientes sociais totalmente diferentes. Nos valeríamos, então, do imperativo categórico para justificar ora um determinado conteúdo, ora outro? Como definir aprioristicamente uma conduta moral? Além do mais, Kant está pressupondo que um mundo com propriedade privada é melhor do que um sem a propriedade privada. Ora, isso precisa ser demonstrado.

Honneth, ao comentar a crítica de Hegel à moralidade kantiana, salienta que uma das únicas formulações apropriadas e que merece ser considerada é a "objeção contra a cegueira em face do contexto" (HONNETH, 2007, p. 94). Diz Hegel estar visando com sua crítica:

Enquanto abstrairmos o fato de que sempre nos movemos em um ambiente social no qual aspectos e pontos de vista já se encontram institucionalizados, a aplicação do imperativo categórico permanecerá ineficaz e vazia; mas se ao contrário aceitarmos a circunstância de que o ambiente social já sempre nos apresenta traços de deliberação moral, então o imperativo categórico perde sua função de fundamentação (HONNETH, 2007, p. 95).

Em qualquer ambiente social encontramos princípios, regras e doutrinas institucionalizadas. Honneth tem isso como um fato. Qual seria, então, o papel do imperativo categórico? Apenas justificar o que já é prática vigente? Não estaria Hegel adicionando circunstâncias que diz estarem faltando em Kant?

Honneth, tal como Hegel, esvaziam o papel do imperativo categórico. De fato, se o ambiente social já sempre apresenta pontos de vista morais institucionalizados, o imperativo categórico tornar-se-ia dispensável. Ocorre que Hegel, e Honneth o acompanha, defende o desdobramento objetivo da liberdade em instituições sociais, o que Honneth chama de liberdade social. Isso ocorre na eticidade, que tem a função de propiciar uma "libertação do sofrimento de indeterminação", provocado pelos dois modelos incompletos de liberdade defendidos na modernidade, principalmente por Kant, a liberdade negativa e a liberdade optativa ou reflexiva. As normas de ação são resultado da mediação social. Em última instância, são conquistas da História. Nesse caso, a racionalidade está ligada ao processo de efetivação histórica. A razão perde a sua função de ditar as normas de ação. Haveria, aqui, um avanço em relação à fundamentação subjetiva da vontade livre em Kant? Do ponto de vista da eticidade, sim. A História é a evolução do grau de consciência da liberdade e de sua concretização. Essa é a dialética da História. Marx endossa essa tese.

#### **4.3 A crítica de Hegel a Kant depois de Rawls.**

É comum a crítica de que Kant ignora as circunstâncias e as consequências das ações que envolvem valor moral. Que sua ética seria formalista, apriorista e pouco realista. Hegel é um dos mais conhecidos desses críticos. No entanto, depois da interpretação de Rawls, sobretudo em *História da Filosofia Moral*, essa crítica precisa ser revista. Se as circunstâncias precisam ser consideradas na aplicação do procedimento do imperativo categórico, então a crítica hegeliana ao formalismo da moral kantiana, ou de que há uma separação indevida entre forma e conteúdo da lei moral, precisa ser reformulada. As máximas e as circunstâncias são o conteúdo ao qual o teste de universalização se aplica. As formulações do homem como fim em si mesmo e a da autonomia confirmam isso.

É preciso distinguir, afirma Bertomeu, as condições de inteligibilidade de um ordenamento e as condições de aplicabilidade do mesmo (BERTOMEU, 1988, p. 39). Segundo a autora, Hegel as confunde. Uma coisa é o enunciado da lei moral, outra é a sua aplicação a uma determinada situação. O que deve motivar o sujeito agente é a universalidade da lei e não as possíveis consequências. É claro que estas não são ignoradas na aplicação da lei, mas não são elas que determinam o valor moral das ações. Rawls está se ocupando da aplicabilidade da lei moral, ou seja, ele faz com Kant o que fizera em sua teoria da justiça, isto é, distingue uma teoria ideal de uma teoria não ideal da justiça.

Portanto, faz parte da inteligibilidade de um preceito moral, levar em conta as circunstâncias. Por exemplo: a verdade sempre deve ser dita ou pode não ser dita em determinadas circunstâncias? "As condições que Hegel acrescenta ao ordenamento moral são, na verdade, supostos óbvios da inteligibilidade do mesmo" (BERTOMEU, 1988, p. 39). O que a prescrição "deves dizer a verdade" diz é que, "se para um ser racional em geral é dever dizer a verdade, em certas circunstâncias, então será dever para todos os seres racionais dizer a verdade em iguais circunstâncias" (BERTOMEU, 1988, p. 39). Se é para proteger a vida de um inocente, aquele princípio pode permitir uma exceção. Nesse caso, o exemplo de Kant, no texto *Sobre o suposto direito de mentir por amor a humanidade*, é infeliz. Nessa situação, todos podem abrir uma exceção. Logo, não é mais exceção. Para proteger a vida de um inocente todos podem faltar com a verdade. Trata-se de uma circunstância que pode ser universalizada. O procedimento do imperativo categórico indica como a lei moral se aplica. Uma exceção não invalida a lei. Apenas mostra que ela não é absoluta. Nesse caso, Kant não cai num mero legalismo. É preciso insistir em que apenas o procedimento é dado, mas o conteúdo moral é construído. Não se cumpre a lei pela lei (seja a lei positiva ou seja a lei moral), mas se cumpre ou não a lei pelo conteúdo por ela enunciado.

A questão é: é um dever devolver um empréstimo nas circunstâncias C, isto é, estou em dificuldades e preciso de dinheiro, prometo devolvê-lo mesmo sabendo que não poderei fazê-lo? Nas circunstâncias citadas, a resposta de Kant é a de que devemos cumprir o prometido. A questão é saber se Kant admitiria situações nas quais é possível faltar com a verdade. Segundo a interpretação de Rawls, essa

hipótese deve ser possível, caso contrário não faria sentido falar em circunstâncias C, mas simplesmente dizer que o dever de dizer a verdade vale aprioristicamente.

Se a interpretação de Rawls faz algum sentido, devem existir circunstâncias em que posso mentir, por exemplo, as de proteger a vida de um inocente. Nesse caso, Kant não cairia num mero formalismo. São as circunstâncias que determinam a universalização ou não da máxima. Além do mais, Kant está pressupondo determinado conteúdo moral, tão reivindicado por Hegel: o princípio do dever de dizer a verdade. Logo, não cai num "vazio formalismo". Aplicar o procedimento do imperativo categórico – o teste da universalização – significa especificar as circunstâncias. Um novo conteúdo moral é construído. O procedimento mostra como o imperativo categórico se aplica a nossa situação, ou como diz Rawls: "Esse procedimento especifica o conteúdo da lei moral tal como se aplica a nós enquanto pessoas razoáveis e racionais no mundo natural, dotadas de consciência e sensibilidade moral e afetadas, mas não determinadas, por nossos desejos e inclinações naturais" (RAWLS, 2005, p. 189). Revela-se, aqui, a necessidade da distinção entre inteligibilidade e aplicabilidade de um preceito moral, conforme o destaque de Bertomeu.

Para Rawls, Kant, com isso, quer mostrar que a aplicação do procedimento pressupõe "certa sensibilidade moral e uma capacidade de juízo moral" (RAWLS, 2005, p. 191). E o que significa ter sensibilidade moral? Significa dar-se conta de que pretender fazer uma promessa enganosa provoca uma questão moral: Pode-se admitir essa promessa?

É claro que Kant deixa explícito que a promessa enganosa não poderia fazer parte do conjunto das leis da natureza que compõem o que Rawls chama de "mundo social ajustado". Se a promessa enganosa se tornasse lei da natureza, o mundo social seria inviabilizado. No entanto, a interpretação de Rawls mostra que se trata de uma promessa em determinadas circunstâncias, ou as "circunstâncias C". Isso não invalida o princípio de que a verdade deve ser dita. Ela só pode não ser dita em determinadas circunstâncias. No caso da proteção de um inocente, a mentira não se transforma em lei da natureza. O que ocorre é que nessas circunstâncias todos podem faltar com a verdade. E se mudarem as circunstâncias? Certamente vale a máxima que passou pelo teste da universalização e, assim, se transforma em lei.

Mentir para proteger um inocente, passa pelo teste de universalização, mas mentir para obter dinheiro emprestado, não. Nesse caso, fica claro que o teste de universalização é um princípio de justificação. Mas não podemos abstrair as circunstâncias nesta justificação. Isso não invalida o princípio de que devemos dizer a verdade. Que a mentira seja admitida para proteger um inocente não universaliza a promessa enganosa.

O procedimento do imperativo categórico mostra como a lei se aplica a uma situação concreta. Daí a importância da explicitação das circunstâncias. Abrir uma exceção não significa uma relativização do princípio da verdade. É uma questão de inteligibilidade da lei.

Além do mais, considerando a ênfase rawlsiana na distinção entre lei moral e o procedimento do imperativo categórico, na medida em que neste explicita como o imperativo se aplica, tendo em vista determinadas circunstâncias, pode-se perguntar pela maior ou menor procedência da crítica hegeliana referente à "cegueira face ao contexto" da moralidade kantiana (HONNETH, 2007, p. 94). Ora, a lei moral se aplica a um determinado contexto, definido pelas circunstâncias das ações. Estará Kant ignorando que já sempre nos movemos em determinado ambiente social onde certos princípios já estão institucionalizados? Mesmo que existam certos princípios já institucionalizados, e eles existem, novas circunstâncias podem requerer nova interpretação. O problema de Kant é um problema de construção e de justificação. O teste de universalização tem essa função. A ética é uma teoria da moral.

Uma crítica consequencialista, como a de Hegel, dirá que Kant também ignora, além das circunstâncias, as consequências das ações. Ora, a posição de Kant é clara: não é o cálculo de possíveis consequências que confere valor moral às ações, mas a motivação das mesmas. Paton diz que "Kant está correto em dizer que a expectativa das consequências não pode ser o fundamento determinante de uma ação se ela é para ter valor moral" (PATON, 1971, p. 76). O homem bom pergunta se a máxima de sua ação pode ser querida como lei universal. A máxima tem a seguinte forma, na interpretação de Paton: "Se estou em certas circunstâncias, realizarei uma ação provavelmente tendo em vista certas consequências" (PATON, 1971, p. 76) Como poderíamos agir se ignorássemos que toda ação tem consequências? Todavia, não julgamos nossas ações como corretas ou erradas em vista das consequências.

Ocorre que estas podem ser necessárias ou totalmente contingentes. Necessárias quando são inerentes à própria ação, contingentes quando são totalmente imprevisíveis. O teste de universalização quer verificar se determinada ação é compatível com a natureza da lei universal. "Um homem bom visa as consequências por causa da lei: ele não obedece a lei simplesmente por causa das consequências" (PATON, 1971, p. 76).

Não há, portanto, em Kant, uma ignorância das consequências ou menosprezo por elas. Elas só não são determinantes na avaliação do mérito moral das ações. Mais importante do que um cálculo de possíveis consequências, o que dá valor moral às ações são as suas motivações. É claro que as melhores motivações podem resultar em consequências indesejáveis. Não há dúvida, no entanto, que, com a crítica de Hegel, verificamos que não basta uma ética das intenções. Precisamos, além disso, examinar os meios usados e as consequências e repercussões das ações. A ênfase de Kant, no entanto, é nas intenções. Na ausência destas, todo juízo moral fica comprometido. Kant está perguntando se o sujeito sabia o que estava fazendo e quis fazer o que fez. Esse é o problema da responsabilidade moral. A análise desse problema precede a avaliação e emissão de um juízo moral sobre as possíveis consequências. Um ato cometido por alguém que não sabia o que estava fazendo não é passível de um juízo moral.

O valor moral das ações precisa repousar naquilo que o sujeito agente realmente quis fazer; naquilo que foi objeto explícito de sua vontade. Consequências não queridas e totalmente imprevisíveis, no mínimo, são atenuantes num julgamento moral e inclusive legal.

Contra a crítica de formalismo por parte de Hegel, deve-se registrar que Kant não cai em proposições tautológicas. A lei resultante do teste de universalização não é mera proposição analítica. Trata-se da justificação de determinado conteúdo moral. A máxima é subjetiva, a lei é universal. É dito algo de novo. A máxima que passa pelo procedimento do imperativo categórico passa a ter validade e legitimidade. Ela se aplica a todos os seres racionais. O procedimento não é

construído, mas as normas morais, sim. Por isso que se pode falar em construtivismo moral, tal como Rawls fala em construtivismo político em sua teoria da justiça<sup>5</sup>.

Além do mais, não se pode ignorar a importância da terceira formulação do imperativo categórico: a do reino dos fins. Quando podemos querer que nossa máxima se converta numa lei universal, assumimos a função de legisladores para um "reino dos fins", isto é, para uma comunidade moral. Legislamos para uma comunidade da qual fazemos parte, isto é, legislamos para nós próprios. Isso é autonomia. Respeitamos a lei da qual somos autores. Esse é o fundamento da dignidade e a base da democracia.

Na interpretação de Rawls, esse reino dos fins não está dado previamente e ao qual "nossa ação legisladora" deve harmonizar-se. A nossa ação legisladora "constrói a lei moral pública para um reino dos fins" (RAWLS, 2005, p. 234). Ao legislar, nós nos devemos ver como membros de uma comunidade moral da qual fazemos parte. Ora, Hegel parece ter ignorado essa formulação. Ele insiste no argumento da não-contradição, referido nos exemplos da primeira formulação, como sendo meramente um critério formal, mas ignora que ocorre uma construção do conteúdo moral nessa terceira formulação. Hegel parece desconsiderar que o conteúdo moral é construído e que somente o procedimento é dado. O autor parece reduzir sua crítica à primeira formulação do imperativo categórico e não considera as demais formulações. A insistência no construtivismo moral kantiano é um importante legado da leitura rawlsiana.

A crítica à Kant de "vazio formalismo", presente na moral do dever pelo dever, está ligada a isso. O dever deve ser cumprido de forma totalmente desinteressada? Isso é possível?

Com as distinções de Rawls acima referidas e o recurso a outros textos de Kant, além da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* e da *Crítica da Razão Prática*, tal como *A Paz Perpétua*, temos mais elementos que esclarecem essa posição. O autor reconhece que, de fato, uma ação inteiramente desinteressada não é possível. "Concedo de bom grado que nenhum homem pode tornar-se consciente

---

<sup>5</sup> Sobre o construtivismo moral kantiano na interpretação de Rawls, ver *História da Filosofia Moral*, capítulo VI e *O Liberalismo Político*, p. 144.

com toda a certeza de ter cumprido o seu dever de modo inteiramente desinteressado" (KANT, 1986, p. 68).

Mais uma vez é importante distinguir lei moral e o procedimento do imperativo categórico. Se na prática, isto é, na aplicação, não é possível uma ação totalmente desinteressada, o ideal é que seja assim. Caso contrário, não se poderia falar em moralidade ou em valor moral das ações. Ou somos capazes de abrir mão de muitos motivos que concorrem com a "ideia do dever" ou confessamos que nossas ações não têm mérito moral. *Deveríamos* cumprir o dever de forma desinteressada. Trata-se de um dever-ser. Para Kant, "que o homem *deva cumprir* o seu dever de modo totalmente desinteressado e *deva* de todo separar do conceito do dever a sua ânsia de felicidade para ter aquele em toda a sua pureza, disso ele é consciente com a máxima clareza" (KANT, 1986, p. 68).

Kant quer, com isso, destacar o "valor da moralidade", que consiste exatamente nessa busca do dever desinteressado. Ainda que não totalmente possível, esse é um ideal a ser buscado. E é nessa busca que está o valor moral das ações. O ser humano é capaz de agir por dever ou pelo menos ter consciência de que deve "tender" para isso, ou como diz o autor: "a máxima de tender para aquela pureza: disso é ele capaz" (KANT, 1986, p. 69). Aliás, é isso que lhe confere dignidade: a capacidade de exercer a autonomia. Estamos falando de mérito moral e não de ações meramente lícitas.

### **Considerações finais**

A leitura rawlsiana de Kant em muito contribui para o esclarecimento de alguns aspectos objeto de muita divergência no contexto atual. A distinção feita entre lei moral e o procedimento do imperativo categórico esclarece, em muito, o tão debatido formalismo da moral kantiana. Toda discussão sobre o apriorismo fica mais clara. Considerar a filosofia moral do filósofo de Königsberg como construtivista é outro aspecto esclarecedor. Falar em "imperativos categóricos particulares" mostra bem o que exatamente é construído e o que é simplesmente dado.



Merece destaque a importância dada ao procedimento do imperativo categórico e, por conseguinte, ao construtivismo moral. Tal como a posição original, esse procedimento é dado, mas o conteúdo da doutrina moral é construído. O conteúdo da lei moral, enquanto ideia da razão, é especificado pelo procedimento do imperativo categórico. O procedimento é sintético a priori e não é uma proposição analítica, conforme a crítica de Hegel. Pelo teste de universalização algo de novo é dito.

A leitura difundida de Kant é a de que o imperativo categórico vale independentemente das circunstâncias e que, por isso, seria pouco realista. A interpretação rawlsiana é esclarecedora quanto ao equívoco dessa leitura. Ela parece não dar a devida importância à distinção entre o imperativo categórico enquanto ideia da razão e o procedimento do imperativo categórico. É na sua aplicação que as circunstâncias devem ser consideradas. Não ocorre uma separação entre forma e conteúdo, mas uma distinção entre procedimento (formal) e o conteúdo construído. O preceito moral resultante do teste de universalização não é, portanto, uma proposição analítica.

A explicitação da aplicação do imperativo categórico, com ênfase no procedimento, a interpretação e a apropriação do tema da autonomia e a vinculação desta com a dignidade podem ser consideradas uma reatualização da Filosofia Moral kantiana. Isso torna ainda mais enfática a relevância desses temas para os debates atuais na Política, na Ética e na Bioética. Temos, aqui, também, elementos claros para a construção de um marco teórico que deveria pautar todas as nossas atividades pessoais e profissionais. Para quem trabalha diretamente com pessoas, autonomia e dignidade são referenciais para uma atuação efetiva nos conflitos sociais e para uma conduta eticamente correta.

A distinção entre moralidade subjetiva e eticidade (moralidade objetiva) de Hegel, em muito contribuiu para a explicitação da Filosofia Prática de Kant. Uma análise da mediação social da vontade livre, suas repercussões e consequências, mostra bem os elementos subjetivos e os aspectos objetivos das ações a serem consideradas na emissão de um juízo moral. Uma ética das intenções não pode ser desvinculada de uma ética da responsabilidade. Para isso uma Filosofia das instituições sociais é indispensável. Nesse particular, o Hegel dialético avançou onde

Kant parou. A construção de um marco teórico para uma investigação filosófica se torna mais clara e convincente com o desenvolvimento e explicitação da crítica de Hegel a Kant.

## Referências

BERTOMEU, M. J. *Recepción y vigencia de la ética kantiana em el siglo xix y comienzos del xx*. La Plata: 1988 (tese de doutorado).

HEGEL, G. W. F. *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural*. Madrid: Aguilar, 1979.

\_\_\_\_\_. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

\_\_\_\_\_. *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*. Buenos Aires: Editorial Dudamericana, 1975 (Tradução de Juan Luis Vermal).

HONNETH, A. *Sufrimento de Indeterminação: uma reatualização da Filosofia do Direito de Hegel*. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

RAWLS, J. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *História da Filosofia Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PATON, H. J. *The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press. 1971.

KANT, I. *Kritik der Praktischen Vernunft*. Frankfurt am Main; Suhrkamp, 1974.

\_\_\_\_\_. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Frankfurt am Main, 1974.

\_\_\_\_\_. *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1986.

SEUNG, T. K. *Kant's Platonic Revolution in Moral and Political Philosophy*. London: The Hopkins V. Press, 1994.

WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia Política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

\_\_\_\_\_. *Ética e Filosofia do Direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis: VOZES, 2013.

## 5. LIBERDADE, DIREITO E RECONHECIMENTO NA FILOSOFIA DO DIREITO DE HEGEL<sup>1</sup>

### Introdução

O tema do reconhecimento em Hegel é, tradicionalmente, vinculado à sua *Fenomenologia do Espírito* e aos seus escritos da juventude. A "reatualização" da *Filosofia do Direito*, proposta por Honneth, reacendeu o debate sobre ele, sobretudo no âmbito da eticidade. O propósito desse capítulo é identificar e explicitar o papel desempenhado por aquele tema na concretização e efetivação da ideia da liberdade, enquanto princípio orientador de toda a estrutura jurídica e social. Isso significa mostrar que a realização da vontade livre individual passa necessariamente pelo reconhecimento recíproco das vontades dos outros e das instituições sociais. É sobretudo nestas, tratadas por Hegel na eticidade, que se assegura o maior grau de efetivação da liberdade individual. Demonstrado isso, desfaz-se a suspeita de "consequências antidemocráticas" que repousa sobre o conceito de Estado.<sup>2</sup> Direitos e liberdades individuais não são enfraquecidos ou eliminados, mas, porque mediados e reconhecidos, são assegurados nas instituições do Estado.

É preciso insistir, no entanto, que, embora Honneth associe o reconhecimento principalmente à terceira parte da *Filosofia do Direito*, ele já está destacado nas duas primeiras partes, o direito abstrato e a moralidade.

Direito, liberdade e reconhecimento são, pois, os temas centrais desse estudo. Eles passam por níveis de realização. Dessa forma, é preciso indicar inicialmente como a liberdade constitui o princípio orientador da *Filosofia do Direito* para, a partir disso, apresentar as instâncias de realização nas suas formas mais imediatas,

---

<sup>1</sup> Publicado em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.09>.  
Revisado e ampliado para esta edição.

<sup>2</sup> A suspeita de consequências antidemocráticas é apontada por Honneth como um dos preconceitos frente à *Filosofia do Direito* de Hegel. Com isso se quer dizer que nas mediações da liberdade nas instituições sociais, os direitos individuais são gradualmente enfraquecidos e "subordinados à autoridade ética do Estado" (HONNETH, 2007, p. 48). A esse propósito, um dos mais duros críticos de Hegel é S. K. Popper que o acusa de totalitarismo. Segundo este "quase todas as ideias mais importantes do totalitarismo moderno são diretamente herdadas de Hegel" (Popper, 1974, p. 69). Ver, também, Eduardo Luft, 2001, p. 191 e Ramiro Florez, 1983, p. 238). A fragilidade da crítica popperiana é flagrante. Ignora o autor que os direitos e liberdades estão negados, mas ao mesmo tempo conservados e guardados no Estado.

tratadas por Hegel no "direito abstrato". O foco é a realização da liberdade nas coisas com destaque ao direito de propriedade. A dimensão que o reconhecimento assume como subjetividade é discutida no que o autor chama de "direito de moralidade" ou "direito da vontade subjetiva". A ênfase não é a liberdade nas coisas, mas na própria subjetividade. Como o direito e a moralidade são ainda formas incompletas de concretização da vontade livre, a eticidade, como o lugar das mediações sociais e do desdobramento objetivo da liberdade, assume o verdadeiro espaço da realização da liberdade individual e do reconhecimento recíproco. Isso é explicitado por meio da família, da sociedade civil e do Estado.

Nessas instâncias de mediação, o desafio é mostrar que as vontades individuais não são enfraquecidas ou eliminadas, mas, exatamente, porque mediadas e reconhecidas, estão mais fortalecidas e garantidas. Falar, pois, em reconhecimento significa mostrar como os direitos e liberdades são mediados e assegurados. R. Williams, parafraseando Hegel, diz que o mais importante direito "é o direito de ter direitos" (WILLIAMS, 1997, p. 101). Esta proposição, segundo o comentarista, sugere uma questão central: Qual é "este direito absoluto e como é assegurado?" E indica sua proposta de interpretação afirmando que "este direito absoluto é o direito ao reconhecimento" (WILLIAMS, 1997, p. 240). Ora, a Filosofia do Direito de Hegel é a mais ampla demonstração desse direito em seu movimento de mediações e estabelecimento de garantias.

### 5.1 A liberdade como princípio de *Filosofia do Direito* de Hegel

Hegel propõe-se a fazer uma "ciência filosófica do direito", isto é, trata da ideia do direito e sua realização. Ora, a ideia do direito é a liberdade. Dessa forma, a *Filosofia do Direito* procura mostrar como as estruturas concretas do direito tem por base aquele princípio de organização. Hegel assume a liberdade como conquista da história e a adota como princípio organizador de sua *Filosofia do Direito*, Rph<sup>3</sup>. Uma ciência filosófica do direito se encarrega de mostrar de como essa ideia filosófica da liberdade se efetiva nas estruturas jurídicas e sociais. Isso significa dizer que para a

---

<sup>3</sup> Rph é a abreviação de *Rechtsphilosophie* (*Filosofia do Direito*) de Hegel.

ciência do direito o princípio que a orienta está dado, conforme expresso no segundo parágrafo da referida obra, mas filosoficamente demonstrado. Cabe a ela mostrar como se concretiza. A Filosofia do Direito não questiona aquilo que está expondo como realização e efetivação. Assim, de acordo com Hegel, o ponto de partida do Direito é a vontade livre e o "sistema do direito é o reino da liberdade realizada" (HEGEL, Rph § 4). Quanto às etapas do desenvolvimento dessa ideia da liberdade, o § 30 do texto em pauta é ainda mais explícito: nomeia o direito, a moralidade, a eticidade e o próprio Estado como "figuras" da determinação da liberdade. Todas elas constituem um direito peculiar.<sup>4</sup>

Para a ciência do direito, a ideia da liberdade não pode mais ser questionada quanto à sua validade. Ela está pressuposta como dada (cf. Rph, § 02). O fundamento do direito é perene; cabe somente mostrar como ele se concretiza. A cada conteúdo novo atingido se constitui um novo nível de efetivação daquele fundamento, isto é, um novo nível de determinação da vontade livre. A liberdade é, inicialmente, só ideia, portanto, indeterminada. Requer, pois, desenvolvimento e concretização. Por isso, se pode falar em "libertação da indeterminação", como faz Honneth.

Robert Williams, em seu livro *Hegel's Ethics of Recognition*, diz examinar a Filosofia do Direito como uma "fenomenologia da liberdade intersubjetiva" (WILLIAMS, 1997, p. 133). Quer localizar o conceito de reconhecimento e suas implicações por meio das análises hegelianas do direito abstrato, da moralidade e da vida ética (cf. WILLIAMS, 1997, p. 133). Pretende com isso mostrar que o "reconhecimento é a origem e o fundamento do conceito do direito" (WILLIAMS, 1997, p. 133) e não é somente importante para entender o conceito de liberdade. O direito de ter direitos é indiscutivelmente o direito mais nobre do cidadão. Esse direito é o "direito de reconhecimento" (WILLIAMS, 1997, p. 240). Ou seja, "reconhecimento é o direito de ter direitos" (WILLIAMS, 1997, p. 101).

Liberdade e reconhecimento são, pois, objeto central da *Filosofia do Direito* hegeliana. Não há efetivação de um direito e, por conseguinte, concretização da liberdade, ou vontade livre, sem o respectivo reconhecimento. Isso ocorre desde as primeiras formas de concretização da vontade livre, como, por exemplo, na

---

<sup>4</sup> Sobre a liberdade como princípio orientador da Filosofia do Direito de Hegel, ver WEBER, Thadeu. *Hegel: Liberdade, Estado e História*. Petrópolis: Vozes, 1993, cap. 2.

efetivação do direito de propriedade, até a substancialidade ética do Estado. É nesses distintos momentos (figuras) da concretização da liberdade, ao se legitimarem pelo reconhecimento, que se formam ou se criam distintos espaços de normatividade.

## 5.2 Liberdade e consentimento

No movimento dialético de realização da ideia de liberdade, é no direito abstrato que, pela primeira vez, pode-se falar em consentimento e reconhecimento de vontades livres, ainda que do ponto de vista estritamente formal. Isso ocorre exatamente nas relações contratuais. O exercício da capacidade jurídica da “pessoa do direito” na forma do direito de uso e do direito de troca requer o reconhecimento das partes (vontades livres) para a instituição da propriedade. Sem reconhecimento não há efetivação de um direito. É preciso entender que o direito é uma relação entre pessoas, na medida em que elas se reconhecem mutuamente. “A origem do direito, pois, coincide com o reconhecimento do outro como outro” (WILLIAMS, 1997, p. 117).

A realização da pessoa como sujeito de direitos tem no direito de propriedade seu primeiro direito reconhecido. Mas isso somente acontece na forma de um contrato. Marcuse, interpretando Hegel, o descreve assim:

A instituição da propriedade privada decorreu do livre-arbítrio da pessoa. Arbítrio que tinha, porém, um limite definido, qual seja, a propriedade privada de outras pessoas. Sou e continuo sendo proprietário só enquanto renuncio, voluntariamente, ao direito de me apropriar da propriedade dos outros. Assim, a propriedade privada ultrapassa o indivíduo isolado, relacionando-o com outros indivíduos, igualmente isolados. O instrumento que, nessa dimensão, assegura a instituição da propriedade, é o contrato (MARCUSE, 1978, p. 183).

O contrato é a prova do consentimento e reconhecimento de vontades livres, condição de sua validade e legitimidade. Ele é o reconhecimento formal da propriedade dos outros. Só diz respeito às vontades livres das pessoas e a garantia do seu exercício e não se refere à qualidade da coisa em jogo. Se o direito de uso, decorrente do direito de posse, é a primeira forma de expressão da vontade livre, o

direito de propriedade é aquele reconhecido. “O reconhecimento transforma a posse em propriedade” (WILLIAMS, 1997, p. 120). A posse, como contingência externa, requer o reconhecimento como necessidade interna, para se constituir em propriedade. Propriedade plena inclui uso e troca, direitos reconhecidos na celebração do contrato. Este é a expressão objetiva do consentimento e reconhecimento de duas vontades livres. Interessante observar que ainda estamos no nível das vontades individuais e imediatas, portanto, ainda eivados de indeterminação. Trata-se de um reconhecimento impessoal (formal) e que não envolve a intersubjetividade da moralidade. A libertação plena desse “sofrimento de indeterminação” ocorre na eticidade, como veremos.

Robert Williams, no livro citado, diz ser necessário admitir que no direito abstrato a ideia de intersubjetividade não é muito clara. Depois de examinar várias possibilidades de interpretação, sustenta a alternativa segundo a qual “há reconhecimento mútuo no direito abstrato, mas ele é formal, limitado e impessoal e, como tal, não é ainda a intersubjetividade da moralidade, muito menos da vida ética” (WILLIAMS, 1997, p. 138). Isso está de acordo com a posição adotada neste texto: a de que o importante nas relações contratuais são as vontades livres das partes, abstraída da base material. São, no entanto, vontades imediatas ainda destituídas de mediação social.

É fundamental salientar que o reconhecimento mútuo dos contratantes, como “pessoas e proprietários”, é pressuposto para a legitimidade do contrato. Por isso, o reconhecimento é a própria expressão da vontade livre dos contratantes. O exercício efetivo da liberdade depende do seu reconhecimento. Isso indica que “o direito está fundamentado no reconhecimento mútuo” (WILLIAMS, 1997, p. 138). O exercício do direito de propriedade, ou de qualquer outro direito, requer o reconhecimento dos outros. Os direitos referidos no direito abstrato só se afirmam como tais na medida em que forem reconhecidos.

Um indivíduo só é livre, quando é reconhecido como tal e só obtém esse reconhecimento quando tem provado, mostrado seu poder sobre as coisas exteriores, objetos de sua vontade, que podem levar a cabo uma apropriação. [...]

O processo não se completa senão até que outros indivíduos consentam com essa apropriação (VALCÁRCEL, 1988, p. 331).

O texto da autora indica muito bem o papel do reconhecimento e do consentimento nas relações contratuais para a efetivação de um direito, no caso, o de propriedade. Elas requerem um reconhecimento mútuo de direitos e deveres. Sem isso não há efetivação de vontades individuais livres. Como o direito abstrato trata das formas mais imediatas da concretização da liberdade, o reconhecimento da propriedade é o reconhecimento da vontade livre que se expressa no direito de uso e de troca. O contrato não representa uma limitação da liberdade, mas a sua mais plena garantia. Ou melhor, a limitação é condição de sua realização. A necessidade do reconhecimento da vontade do outro pode ser interpretada como uma limitação, mas sem isso não há garantia de liberdade. Toda determinação da vontade livre individual inclui limitações, mas também garantias. Isso é próprio da intersubjetividade dos contratos. Eles pressupõem a reciprocidade e a voluntariedade das partes envolvidas. Não existe liberdade indeterminada.

Se com esse reconhecimento se pode falar em alienação da propriedade, o mesmo não se pode fazer com a alienação da personalidade. É importante notar que, exatamente, no momento em que trata dos direitos mais imediatos (direito abstrato), o autor em pauta se refira aos direitos de personalidade e a impossibilidade de sua violação. A razão está no fato de constituírem os direitos mais fundamentais da pessoa de direito e as formas mais imediatas da realização da vontade livre.

O parágrafo §66 da *Filosofia do Direito* refere-se explicitamente à “inalienabilidade” dos bens ou “determinações substanciais [...] que constituem minha própria pessoa e a essência universal da minha autoconsciência, tais como minha personalidade em geral, a universal liberdade de minha vontade, a eticidade, a religião” (Rph §66). São “exemplos de alienação da personalidade”, a escravidão, a incapacidade de ter propriedade e a falta de liberdade sobre ela (cf. WEBER, 2014, p. 389). Em nenhum desses casos há consentimento. Estamos falando do “direito de inalienabilidade” da personalidade. Trata-se de um direito “imprescritível” (Rph §66), uma vez que diz respeito ao direito à integridade física e psíquica, ao direito de propriedade, de liberdade de consciência religiosa e de expressão. A “alienação da



racionalidade inteligente, a moralidade, a eticidade, a religião, ocorre na superstição (*Aberglaube*), na autoridade e pleno poder concedido ao outro para que decida que atos devo realizar [...], e prescreva e determine o que é para mim uma obrigação de consciência [...]" (Rph, §66). Essa seria a mais explícita violação da autonomia. Os direitos mais imediatos, próprios da pessoa de direito, são lembrados desde a primeira figura da *Filosofia do Direito*: o direito abstrato. É o exercício da capacidade legal da pessoa que está em jogo. O reconhecimento desses direitos de personalidade já é uma marca do direito abstrato.

O poder de racionalidade, referido no citado parágrafo, é intransferível. Somente pode ser exercido por cada sujeito de direitos. Ao referir os elementos constitutivos do direito de personalidade, Hegel explicita o próprio conteúdo do princípio da dignidade humana. Contratos que violam esses direitos são, por definição, nulos.

Essas são as bases do reconhecimento recíproco, que somente se efetiva plenamente na eticidade. Se o referido direito de inalienabilidade é a expressão do próprio conteúdo da dignidade humana, na alienação da personalidade o princípio da autonomia é violado.

### **5.3 O direito de moralidade como direito ao reconhecimento subjetivo**

A insuficiência do direito abstrato está no fato de não ter considerado a fundamentação subjetiva da liberdade. Esse é o papel da moralidade. Ela investiga a motivação das ações; refere-se ao reconhecimento subjetivo da liberdade como princípio universal. Na interpretação de Williams, "o direito abstrato realça a presença da liberdade nas coisas, nas posses e na propriedade. A moralidade é a presença da liberdade, não nas coisas, mas na própria subjetividade" (WILLIAMS, 1997, p. 178). Até então não se havia perguntado pela responsabilidade subjetiva do sujeito agente, fundamental para a emissão de um juízo sobre a responsabilidade moral. Trata-se do direito de moralidade, o "direito da vontade subjetiva" (Rph, §107), isto é, do direito de reconhecer-se nas ações praticadas.

A moralidade pergunta pela "autodeterminação da vontade", pelos propósitos e intenções que movem o sujeito. Por isso, pode-se falar em direito da subjetividade.

Este também é uma forma de reconhecimento. De acordo com esse direito, a vontade “é e reconhece só o que é seu” (Rph, §107), ou seja, reconhece como seu somente o que sabia e o que queria fazer. “Na exteriorização não reconheço como meu nada mais do que estava na vontade subjetiva [...]” (Rph, §110). O Direito não pergunta pelos princípios subjetivos que orientam as ações. No entanto, a moralidade cobre essa insuficiência, ao tratar do direito que o sujeito tem de saber e reconhecer somente o que tem origem na sua vontade. “O direito de não reconhecer o que eu não considero racional é o mais elevado direito do sujeito” (Rph, §132). O direito de me reconhecer nas ações atende ao direito de responsabilização subjetiva. O sujeito sabia o que estava fazendo; quis fazer o que fez? O reconhecimento do meu querer e saber inclui, também, e ao mesmo tempo, a subjetividade exterior, que é a vontade dos outros. Para Williams, “a moralidade pressupõe o reconhecimento mútuo constitutivo da vida ética” (WILLIAMS, 1997, p. 179).

É oportuno destacar que o reconhecimento acompanha as diversas etapas em que a concretização da liberdade se efetua. A moralidade é o momento da subjetividade. O próximo momento, o da eticidade, será o do reconhecimento recíproco. Não se pode, no entanto, falar em reconhecimento recíproco sem antes referir o reconhecimento da liberdade como princípio universal. Segundo o autor, “a realização do meu fim tem, portanto, em seu interior esta identidade de minha vontade e da vontade dos outros, tem uma relação positiva com a vontade dos demais” (Rph, §112). O reconhecimento de meu querer e saber inclui, ao mesmo tempo, a subjetividade exterior, que é a vontade dos demais. O direito de moralidade como direito ao reconhecimento subjetivo inclui, pois, o reconhecimento desse direito como direito subjetivo de todos. É o reconhecimento da liberdade como princípio universal. “Eu dependo do outro para reconhecer minha liberdade, assim como o outro depende de mim” (WILLIAMS, 1997, p. 183). A externalização de minha liberdade requer o reconhecimento dos outros. No entanto, eu preciso primeiramente reconhecer o direito subjetivo de liberdade de todos.

A ênfase do direito de moralidade ou direito da vontade subjetiva está em dois aspectos: o reconhecimento das condições da responsabilidade subjetiva e o reconhecimento da vontade livre subjetiva dos outros. Trata-se do reconhecimento do direito de moralidade do outro, isto é, do direito ao reconhecimento do saber e

querer dos outros. Assim, pode-se dizer que a moralidade trata do reconhecimento da liberdade como princípio universal. Trata das condições da responsabilidade subjetiva. Que a vontade livre somente reconheça o que é seu é o mais sagrado direito da subjetividade. O sujeito deve "estar em tudo o que faz"; precisa reconhecer-se naquilo que faz e reconhecer esse direito nos outros. Mas isso, também, mostra a sua insuficiência. Não realça a mediação objetiva das vontades livres, tarefa a ser completada pela eticidade. Segundo Williams, "a base substantiva da moralidade deve ser encontrada na vida ética, e o ponto de vista moral é uma forma deficiente, ou um momento abstrato da vida ética. [...] A moralidade pressupõe o reconhecimento mútuo constitutivo da vida ética" (WILLIAMS, 1997, p. 179).

É fundamental salientar que a importância desse reconhecimento está na responsabilização dos atos praticados. Ele é condição desta. É um direito da vontade livre só reconhecer e ser responsabilizada por aquilo que era objeto do seu propósito. O resultado das ações deve de alguma forma estar antecipado no propósito e na intenção do sujeito agente. Édipo, por ter matado seu pai sem sabê-lo, não pode ser acusado de parricídio, embora tenha cometido um assassinato. É bem verdade, comenta Hegel, que as antigas legislações não davam tanta importância, tal como é feito atualmente, aos aspectos subjetivos da responsabilidade (cf. Rph, §148).

E as consequências não previstas dos atos voluntários? Se o sujeito agente não se reconhece nelas, pode ser responsabilizado? Do ponto de vista do direito de moralidade a resposta é não. É claro que toda a ação pode ter inúmeras consequências e repercussões. Muitas delas são necessárias, outras, contingentes. As primeiras são inerentes às ações; pertencem à sua natureza e a explicitam. As segundas lhes são acrescentadas de modo contingente e não pertencem a elas. Do ponto de vista do direito da vontade subjetiva não posso ser responsabilizado por aquilo que não era do meu conhecimento nem de minha vontade. Isso, no entanto, mostra a insuficiência da moralidade. Mesmo que não possa prever certas circunstâncias que poderiam evitar-se, devo conhecer a natureza universal do fato particular (cf. Rph, §118). Isso indica que a esfera da responsabilidade se amplia para além da subjetividade, vinculando-se às consequências objetivas. Ora, esse é o âmbito da eticidade, esfera de mediação social da vontade livre e da intersubjetividade.

Nesse sentido, tem razão Honneth ao afirmar que o direito abstrato e a moralidade são “modelos incompletos de liberdade” (HONNETH, 2007, p. 71). No direito abstrato, “o sujeito individual constrói sua liberdade na forma de direitos subjetivos” (HONNETH, 2007, p. 71). Restringe-se ao âmbito das vontades individuais; não há mediação social. Na moralidade, “a liberdade do sujeito individual é caracterizada como a capacidade de autodeterminação moral” (HONNETH, 2007, p. 71). Williams destaca que “o direito tem como foco a presença da liberdade nas coisas; a moralidade realça a presença da liberdade na própria subjetividade. Eles são verdadeiros, mas são realizações unilaterais (*one-sided*) e parciais da liberdade” (WILLIAMS 1997, p. 197). Especificar, apenas, a dimensão subjetiva do exercício da liberdade, é insuficiente para a sua plena realização. Um nível superior de determinação impõe-se para a realização do princípio orientador de toda *Filosofia do Direito*. A eticidade tem essa difícil tarefa de equacionar liberdade individual e mediação social, o que implica reconhecimento recíproco. Para Hegel “as esferas do direito e da moralidade não podem existir independentemente; elas devem ter o ético como suporte e fundamento” (Rph §141).

É na crítica de Hegel ao formalismo da moral kantiana que a necessidade da libertação (superação) da indeterminação mais aparece. Hegel caracteriza a filosofia moral kantiana como uma “indeterminação abstrata”; um “vazio formalismo”. Ao requerer como critério de moralidade a ausência de contradição entre uma máxima e a lei, o imperativo categórico fica reduzido ao critério de uma não contradição apenas formal. Não ocorre a determinação de um conteúdo moral a partir do qual uma ação possa incorrer em contradição. O imperativo categórico indica um procedimento, isto é, indica como fazer e não o que deve ser feito. Ora, onde nada é determinado não pode haver contradição.<sup>5</sup>

A questão que, então, se impõe, é esta: como libertar-se desta indeterminação?

---

<sup>5</sup> Sobre este assunto, ver WEBER, T. *Ética e Filosofia Política: Hegel e o formalismo kantiano*. Capítulo IV.

#### 5.4 Eticidade: liberdade individual e reconhecimento recíproco

A eticidade é o lugar das mediações sociais e, dessa forma, o espaço da liberdade individual e do reconhecimento recíproco. Enquanto a moralidade trata da fundamentação subjetiva da liberdade, a eticidade inclui a mediação social da vontade livre. Falar, pois, de eticidade, significa falar de instituições sociais, âmbito da "segunda natureza". Todo o movimento de concretização, limitação e determinação da liberdade, ocorre nas esferas da eticidade. O fundamental é mostrar como essa concretização da liberdade inclui o reconhecimento recíproco. Se o direito abstrato e a moralidade são ainda "modelos incompletos de liberdade", pois abstraem do contexto social, quais são as tarefas que a eticidade deve cumprir para realizar a libertação do "sofrimento de indeterminação", vigente no direito abstrato e na moralidade?

Segundo Honneth, a esfera da eticidade deve satisfazer três condições: Primeiro, deve colocar à disposição "possibilidades acessíveis de realização individual, de autorrealização, cujo uso pode ser experienciado por cada sujeito individual como realização de sua liberdade" (HONNETH, 2007, p. 106). Segundo, deve oferecer "práticas de interação intersubjetiva". Os sujeitos devem ver no outro uma condição de sua liberdade. A realização da liberdade individual é "medida pelas formas de socialização"<sup>6</sup>. Terceiro, deve facultar ações intersubjetivas que expressem "formas determinadas de reconhecimento recíproco". Para o autor, reconhecimento "significa primeiramente a afirmação isenta de coerção de determinados aspectos da personalidade que se relacionam com cada um dos modos de interação social" (HONNETH, 2007, p. 108). Essa descrição se aproxima da concepção kantiana de liberdade negativa. É sabido, todavia, que essa é condição de possibilidade da liberdade entendida como autodeterminação, na perspectiva hegeliana. Ora, a autodeterminação implica numa relação intersubjetiva. Nessa relação intersubjetiva, é na *Enciclopédia* III que Hegel expressa de forma clara quando o indivíduo é "digno" de reconhecimento: "quando comportar-se para com os outros de uma maneira universalmente válida, reconhecendo-os como ele mesmo quer ser considerado,

---

<sup>6</sup> WERLE, Denilson/MELO, Rúrion. Introdução: Teoria crítica, teorias da justiça e "reatualização" de Hegel. IN: HONNETH, A. *Sufrimento de indeterminação*, 2007, p. 41.

como livre, como pessoa" (Enciclopédia III § 432). Por aí se pode perceber que a universalidade e a reciprocidade constituem critérios fundamentais para a justificação de normas válidas.<sup>7</sup>

Dará a eticidade conta disso? Ora, isso deve ser demonstrado nos âmbitos da família, da sociedade civil e do Estado. Que espaços dará a família para a realização da liberdade individual? Em que nível ocorre a "interação da intersubjetividade", nessas esferas da eticidade? O Estado garante efetivamente os direitos e liberdades fundamentais dentro de uma necessária reciprocidade ou estes são enfraquecidos e sacrificados em nome da sua autoridade ética? A suspeita de consequências antidemocráticas tem fundamento?

#### 5.4.1 A família

Se a família é a primeira esfera da mediação social da vontade livre, o que significa dizer que o casamento é uma relação ética? Seu ponto de partida subjetivo é a "inclinação particular", o sentimento (que é natural) e ocorre no nível das vontades individuais. Não é, pois, esse seu aspecto ético. A dimensão ética passa a se constituir no seu ponto de partida objetivo: "o livre consentimento das pessoas", isto é, o "consentimento para constituir uma pessoa e abandonar nessa unidade sua personalidade natural e individual" (Rph §162). Esse é o primeiro espaço de reconhecimento mútuo de vontades livres. É o abandono da relação natural para estabelecer uma relação ética e, com isso, realizar a vontade livre. É a realização da liberdade individual e ao mesmo tempo sua autolimitação. O mais imediato e, portanto, indeterminado, é o momento natural, o instinto, por exemplo. Este se extingue na sua satisfação.

O reconhecimento de duas vontades livres é a primeira expressão da libertação desse "sofrimento de indeterminação". Não há afirmação da liberdade sem o respectivo reconhecimento. Este é o aspecto ético do casamento. Hegel mostra que isso não significa apenas reconhecimento das duas vontades individuais

---

<sup>7</sup> Sobre a crítica hegeliana à teoria do contrato social e o problema do reconhecimento nas instituições sociais, ver Alan Patten, *Social Contract Theory and the Politics of Recognition in Hegel's Political Philosophy*. IN: *Beyond Liberalism and Comunitarianism: Hegel's Philosophy of Right*, editet by Robert R. Willians.

que casam, mas também o reconhecimento por parte da família e da comunidade. Instaura-se, assim, a efetivação da substancialidade ética, completada pelo Estado. Escreve o autor: “a declaração solene do consentimento para o laço ético do casamento e o correspondente reconhecimento do mesmo pela família e a comunidade [...] constitui a conclusão formal e a realidade efetiva do casamento” (Rph §164). O aspecto ético está nesta “cerimônia como realização do substancial” manifestada objetivamente por meio de um sinal, a linguagem. Vê-se, claramente, como a relação familiar, no nível da eticidade, inaugura a necessidade do reconhecimento recíproco para a realização da liberdade individual. É importante enfatizar que a relação familiar é a realização da liberdade individual e ao mesmo tempo sua autolimitação. Constitui, assim, a base ética do Estado.

Com o casamento, ao constituir-se “uma pessoa”, abandona-se o momento meramente natural e instintivo. Não se fala mais em liberdade natural e sim em livre-arbítrio mediado e reconhecido. Inicia-se, nessa esfera, o gradual processo de libertação da indeterminação, tarefa para toda a eticidade. Peculiaridades tratadas no âmbito da família indicam mais claramente a necessidade dessa superação da “naturalidade imediata”. A vedação do casamento entre consanguíneos não tem apenas uma razão biológica, mas, sobretudo, ética. Por ser uma “ação ética de liberdade” deve realizar-se entre famílias separadas e entre “personalidades originariamente diversas” (Rph §168). O reconhecimento deve ocorrer entre diferentes e não entre iguais, isto é, não entre quem já está unido por uma naturalidade imediata (laços de família). A determinação pressupõe diferenças e diversidades. São estas que movem o processo de libertação e superação. A prova está dentro da própria relação familiar quando a criança começa a dizer “não” e recebe o “não” dos pais. A autoafirmação dela depende dessa negação. A autodeterminação de sua vontade livre inclui limitações. Escreve Hegel: “o que o homem deve ser não o é por instinto, mas deve adquiri-lo” (Rph §174). O reconhecimento e o consentimento representam uma superação da vontade natural e imediata e, assim, uma superação da indeterminação. Instaura-se uma normatividade, legitimada pelo reconhecimento. Com a relação familiar, a eticidade põe à disposição as primeiras possibilidades de realização individual das pessoas,

tendo em vista a concretização da liberdade como princípio orientador de toda a Filosofia do Direito.

#### 5.4.2 A sociedade civil

Com a dissolução da família, tendo em vista a maioria dos filhos, abre-se um amplo espaço de interesses e liberdades individuais a serem satisfeitos. Cria-se todo um "sistema de carências" ainda ausentes na relação familiar. Esta se restringe a uma relação de dependência natural. Para ampliar o processo de concretização das liberdades individuais, Hegel introduz, como hierarquicamente superior à família, a sociedade civil. Cabe a ela constituir a mediação social da liberdade. Para Honneth, a "sociedade civil, entendida então como esfera da circulação mediada pelo mercado entre os proprietários, representa para Hegel o meio tanto de uma destruição da eticidade imediata como também da possibilitação de um isolamento extremo" (HONNETH, 2007, p. 119). A "destruição da eticidade imediata" a qual Honneth se refere, diz respeito à família, como primeira instituição social. É preciso "superar" as relações naturais e imediatas e ampliar o espectro da realização dos interesses e vontades dos indivíduos. Williams, referindo-se à dissolução da vida ética representada pela sociedade civil, explica que Hegel fala da dissolução de um "certo tipo de unidade, isto é, a unidade ética imediata representada pela família e sua substituição por outro tipo de unidade, constituída pela liberdade subjetiva" (WILLIAMS, 1997, p. 230). Significa dizer que o que une as pessoas na sociedade civil é o auto interesse individual, mas que para sua satisfação cria uma situação de mútua dependência.

É fundamental considerar que a sociedade civil se estrutura em torno de dois momentos a serem mediados: a pessoa concreta, enquanto particularidade de interesses, e o contexto social, ou seja, cada pessoa somente satisfaz suas necessidades por meio dos outros sendo "obrigada a passar pela forma da universalidade" (Rph §182). São, pois, dois momentos pouco conciliáveis, dada a diversidade de interesses que estão em jogo (cf. WEBER, 1993, p. 114 e 115). "O sistema da eticidade perdeu-se em seus extremos", a universalidade e a particularidade (Rph §184). Para Williams, comentando Hegel, "a sociedade civil é



egoísmo universal e exploração recíproca" (WILLIAMS, 1997, p. 233). É uma espécie de esfacelamento do ético, mas espaço necessário para garantir a autorrealização individual. Para Honneth o mercado dá conta disso, pois, tem "condições de satisfazer uma multiplicidade de interesses" (HONNETH, 2007, p. 119). É por meio dele que se pode afirmar propriamente o sujeito como "pessoa de direito individualizada".

Na família, a criança mantém ainda uma relação de dependência e não de individualização. As chances de realização de seus direitos se ampliam com a sua participação nas corporações da sociedade civil. Assim, novas formas de reconhecimento recíproco se instauram. A satisfação das necessidades e interesses individuais somente ocorre por meio dos outros e isto cria "um sistema de dependência multilateral pelo qual a subsistência, o bem-estar e a existência jurídica do particular se entrelaçam com a subsistência, o bem-estar e o direito de todos" (Rph §183). A sociedade civil "é um modo de relação que significa dependência" (WILLIAMS, 1997, p. 233). Ela é um sistema de necessidades que, para sua satisfação, depende dos outros.

O texto de Hegel mostra como a esfera da sociedade civil faculta possibilidades de realização da liberdade individual por meio da "interação intersubjetiva", para usar uma expressão de Honneth, portanto, de reconhecimento recíproco. A realização das necessidades e interesses de cada cidadão está vinculada ao reconhecimento dos direitos dos outros. Tal como a família, também na sociedade civil a efetivação da liberdade individual inclui a autolimitação. O § 185 da *Filosofia do Direito* expressa muito bem isso: "A particularidade", enquanto satisfação de suas necessidades, está em "contínua dependência e contingência do arbítrio exterior" e assim "limitada pelo poder da universalidade". O indivíduo, como pessoa privada, somente se realiza quando "mediado pelo universal". Ele deve ser considerado como "membro de" uma corporação. Se por um lado se assegura um maior grau de individualização pelo exercício das atividades nas corporações, por outro isso também implica em autolimitação. A realização da liberdade requer escolhas e estas impõem limites. Necessidade e liberdade estão, pois, em constante conflito. "A liberdade torna-se necessidade e a necessidade torna-se liberdade" (WILLIAMS, 1997, p. 234). O cuidado que aqui se deve ter é que a liberdade não seja

entendida como um mero reconhecimento da necessidade. Na interpretação de Williams o reconhecimento encontrado no estado externo (a sociedade civil) é "humana e intersubjetivamente deficiente" (WILLIAMS, 1997, p. 234). Do ponto de vista da eticidade isso sugere a necessidade de se providenciar um reconhecimento mais substantivo e interpessoal. Este é o papel do Estado.

As diferentes etapas de determinação da "pessoa de direito" podem ser percebidas pelo diferente status que a liberdade individual assume nas diferentes figuras de sua concretização na *Filosofia do Direito*: "No direito, o objeto é a pessoa; no ponto de vista moral, o sujeito; na família, o membro da família; na sociedade civil, o cidadão" (Rph, §190). São contextos ou níveis de mediação distintos. Logo, são também contextos normativos diferentes. Isso requer níveis de reconhecimento recíproco distintos. No nível da sociedade civil, as relações de trabalho realizadas nas corporações indicam clara evidência da "dependência e reciprocidade". Ao produzir e ganhar algo para si, cada um produz e ganha para os outros. Isso mostra, mais uma vez, como a sociedade civil é uma das esferas da eticidade que cumpre importante tarefa no sentido de colocar "à disposição possibilidades de realização individual", com vistas à efetivação da liberdade (HONNETH, 2007, p. 106).

É, pois, como membro de uma corporação, na sociedade civil, que o cidadão tem maiores chances de realização individual, pois exerce nela "uma atividade universal" (Rph, §255). São, sobretudo, suas habilidades e o seu exercício que determinam sua vinculação a uma corporação. O reconhecimento dessas habilidades é que lhe confere "honra profissional". É na corporação que a sua atuação para com os outros se torna consciente. Sabe que, atuando para si, atua para os outros; produzindo para si, produz para os outros. Realiza sua vontade livre e conscientemente sabe que isso requer o reconhecimento recíproco. O cidadão se conscientiza de que sua autorrealização é mediada pelo reconhecimento do outro como condição de efetivação de sua própria liberdade. Esse é o "caráter intersubjetivo" que a eticidade deve cumprir. No comentário de Williams, para Hegel a corporação como "instituição da mediação" é necessária, pois "o ético deve existir não somente na forma universal do Estado, mas, também, na forma da particularidade, isto é, dentro da própria sociedade civil" (WILLIAMS, 1997, p. 250).

Honneth dá ênfase à sociedade civil como a “esfera da circulação mediada pelo mercado entre os proprietários”. Se isso, por um lado, pode favorecer certo isolamento, por outro, oferece condições para satisfação de uma “multiplicidade de interesses” (HONNETH, 2007, p. 119). Em relação ao que ocorre na família, isso representa um “nível superior de individualização”. A livre iniciativa, a livre concorrência e a lei da oferta e procura permitem um amplo espectro de realizações da liberdade individual, mas também criam uma situação de dependência universal. Liberdade individual e reconhecimento recíproco andam juntos.

#### 5.4.3 O Estado: liberdade ou reconhecimento da necessidade?

Para dar sequência ao processo de concretização do princípio da liberdade, tal como enunciado no início da *Filosofia do Direito*, cumpre examinar o papel do Estado nas tarefas da eticidade. Ou, para usar a terminologia honnethiana: em que medida o Estado oferece condições para a “libertação do sofrimento de indeterminação”, num nível superior ao da família e da sociedade civil? Como desvencilhar-se da suspeita de “consequências antidemocráticas” que repousa sobre o conceito de Estado hegeliano? Garante ele a mais plena realização das liberdades individuais ou as enfraquece em nome de sua autoridade ética? Em que medida representa um maior “nível de individualização”? Como conciliar os interesses particulares com os da coletividade?<sup>8</sup>

Para Honneth, “as chances de individualização de um sujeito aumentam com o grau de sua capacidade de universalização das próprias orientações” (HONNETH, 2007, p. 123). Nesse caso, por poder levar uma “vida universal”, o sujeito, no Estado, vê proporcionado um “grau superior de individualidade”. Isso já ocorre nas corporações, mas ainda em maior grau no exercício das funções públicas do Estado. Com isso, é possível obter maior reconhecimento. O exercício de uma função pública é o exercício de uma função universal. Quem a exerce não o faz em nome próprio e de acordo com seus interesses, mas em nome da substancialidade ética. No entanto,

---

<sup>8</sup> As acusações de totalitarismo e de necessitarismo por parte de Popper não consideram o real significado da tríade dialética hegeliana. *Aufhebung* significa negar, conservar e superar insuficiências ou contradições e não eliminar direitos e liberdades. O substancial é o individual mediado, superado e guardado.

o interesse particular não desaparece, mas, porque mediado e reconhecido, é universalizado.

Uma análise de alguns parágrafos da terceira esfera da eticidade, que tem o Estado como momento sintético, evidencia, de forma inequívoca, como a liberdade individual deve ter seu direito reconhecido. Com isso, a suspeita de “consequências antidemocráticas” é desfeita. O Estado é a última instância de garantia dos direitos e liberdades fundamentais e, pois, representa o maior grau de realização da liberdade individual. É claro que essa está vinculada ao interesse comum da coletividade. Hegel afirma que “o Estado é a realidade efetiva da liberdade concreta” (Rph §260). Mas o que significa, propriamente, isto? Sustenta o autor:

A liberdade concreta consiste em que a individualidade pessoal e seus interesses tenham seu total desenvolvimento e o reconhecimento de seu direito (no sistema da família e da sociedade civil), ao mesmo tempo em que se convertem por si mesmos em interesse geral, que reconhecem com seu saber e sua vontade como seu próprio espírito substancial e tomam como fim último de sua atividade (Rph §260).

Fica claro que é na família e na sociedade civil que o indivíduo realiza sua liberdade. São elas as bases éticas do Estado. É nelas e também por meio delas que ele (o Estado) assegura os direitos e deveres dos cidadãos. É também nelas que o exercício da mediação social da vontade livre se efetiva. O reconhecimento do direito das individualidades pessoais, no entanto, está vinculado ao reconhecimento do interesse dos outros. Somente interesses pessoais mediados e reconhecidos se universalizam.

A liberdade individual e o reconhecimento recíproco têm, pois, dessa forma, seu maior grau de efetivação. O universal não se realiza sem o “interesse, o saber e o querer particular”, nem este se concretiza sem querer ao mesmo tempo o universal (cf. Rph §260). “O Estado é a mediação do universal e do particular, dos indivíduos e do social, os quais não mais estão em oposição e mútua exclusão como na sociedade civil” (WILLIAMS, 1997, p. 268). Temos, assim, o princípio que deve orientar um Estado ético: assegurar as liberdades individuais dentro de um “interesse

geral"; administrar conflitos sem eliminar direitos, mediando-os e guardando-os num nível superior. Isso requer, obviamente, reconhecimento mútuo. Hegel é insistente ao afirmar que a individualidade deve conservar seu direito. O movimento dialético exige um universal ativo, mas ao mesmo tempo requer o desenvolvimento da subjetividade de "forma completa e vivente" (Rph §260).

Para Williams, já na Jenaer Realphilosophie, "Hegel descreve a relação entre a *Wille an sich* racional – seu princípio substantivo de liberdade – e a vontade arbitrária (*Willkür*) subjetiva como uma relação de reconhecimento" (WILLIAMS, 1997, p. 264). Com a teoria do Estado, segundo o comentarista, Hegel introduz o conceito de substância ética ou liberdade substancial. Esta inclui "capacidades éticas, deveres, direitos e instituições (família e Estado, leis e costumes) que unem indivíduos e governam suas vidas" (WILLIAMS, 1997, p. 264). Na interpretação de Williams, a vontade em si, para Hegel, "é constituída intersubjetivamente como reconhecimento mútuo" (WILLIAMS, 1997, p. 264).

Fica claro no §260 que o Estado não é autossuficiente e separado dos indivíduos. Ele se constitui pelos interesses mediados, reconhecidos e universalizados. Como um universal, o Estado "não tem validade ou efetividade desvinculada do interesse, conhecimento e vontade dos particulares. Os particulares incorporam e expressam o universal, tornando-o efetivo e determinado" (WILLIAMS, 1997, p. 270). Observa-se a estreita relação entre os interesses dos cidadãos e as determinações do Estado.

O §261 é ainda mais enfático: "O Estado, enquanto ético, enquanto compenetração do substancial e do particular, implica que minha obrigação em relação ao substancial seja ao mesmo tempo a existência de minha liberdade particular, isto é, que o dever e o direito estejam unidos em uma e mesma relação". Esse parágrafo retoma o §155, uma vez que insiste na identidade de direitos e deveres, na esfera da eticidade. Há, na verdade, uma mútua restrição entre eles. As esferas do direito abstrato e da moralidade ainda não contemplam essa identidade dos direitos e deveres, pois, naquelas, essa aparece apenas de forma "abstrata". Não há ainda mediação social. O que Hegel quer dizer com isso é que nessas esferas o que é direito para um é dever para outro. Mas, com isso, não ocorre ainda uma identidade do dever e do direito. Somente ocorre a identidade de conteúdo se este

for universal, isto é, se for “o princípio único do dever e do direito, a liberdade pessoal” (Rph §261). Os escravos não têm deveres porque não têm direitos. Um dever só pode ser afirmado quando é ao mesmo tempo um direito. Essa identidade não ocorre nem na família nem na moralidade. Os direitos dos filhos, por exemplo, não têm o mesmo conteúdo que seus deveres para com os pais. No Estado, por sua vez, ocorre uma coincidência entre liberdade particular e a substancialidade ética, na medida em que nele se exerce uma atividade universal. O exercício de um cargo público é o melhor exemplo dessa coincidência. Assim, liberdade individual e reconhecimento mútuo adquirem plena efetividade. Minhas obrigações para com o Estado são ao mesmo tempo as garantias dos meus direitos. Isso está de acordo com a interpretação de Williams quando mostra que a união com o Estado é “uma relação de reconhecimento entre a vontade universal e a vontade particular, que estabelece tanto direitos quanto deveres” (WILLIAMS, 1997, p. 272). Na identidade do universal e do particular direitos e deveres coincidem. Estes são momentos do mútuo reconhecimento. É o que fica claro nos dois parágrafos referidos.

Falar em realização da liberdade no Estado significa mostrar a importância da particularidade e sua satisfação.

Ao cumprir com seu dever o indivíduo deve encontrar ao mesmo tempo de alguma maneira seu próprio interesse, sua satisfação e seu proveito e de sua situação no Estado deve nascer o direito de que a coisa pública se torne sua própria coisa particular. O interesse particular não deve ser deixando de lado nem reprimido, senão que deve ser posto em concordância com o universal (Rph §261).

Porque mediados e reconhecidos, os direitos e deveres se universalizaram. O universal é uma construção de mediações. A “coisa pública” é a “coisa particular” mediada, reconhecida, superada e guardada. Assim, o Estado deve possibilitar que o indivíduo possa viver publicamente como cidadão, canalizando suas habilidades para levar “uma vida universal” (Rph, §258). As esferas da eticidade são um exercício de mediação. O Estado é o último nível. Por isso, ele representa a unidade do interesse particular e do interesse público. Dessa forma, o exercício de uma “vida

universal" permite um "grau de individualização" ainda maior. Williams observa com toda a razão que "a liberdade individual não está perdida ou é 'engolida' (*swallowed up*) nesta união ou em sua base substancial objetiva. Tal como Hegel caracteriza essa base substancial, sua característica básica é o reconhecimento e a preservação dos direitos individuais" (WILLIAMS, 1997, p. 270). Com isso, o risco das consequências antidemocráticas está definitivamente eliminado.

Depois da família e da sociedade civil, o Estado representa o terceiro nível da realização da liberdade. Numa "relação hierárquica", ele é a última e definitiva estrutura garantidora de efetivação do princípio pressuposto da *Filosofia do Direito*. O exercício de uma "atividade universal" representa a afirmação e satisfação do próprio interesse individual. A ideia de que o Estado somos nós, possui o sentido de que interesses particulares e "a coisa pública" se imbricam mutuamente. Daí a insistência em vincular a efetivação da liberdade individual ao reconhecimento recíproco. As chances de realização da liberdade individual aumentam na medida em que aumenta "a capacidade de universalização" das orientações dos cidadãos, isto é, na medida em que são capazes de contribuir para a realização do interesse público. Para fazer frente às inúmeras formas de corrupção, esse é o conceito de Estado e, junto com ele, o de interesse público e de liberdade política, que precisam ser recuperados.

### **Considerações finais**

Embora a leitura clássica de Hegel insista no necessitarismo de seu sistema e reitere que a *Filosofia do Direito* deve ser lida com as categorias da *Ciência da Lógica*, o proposto aqui foi no sentido de indicar outro viés de interpretação: examinar a relação entre liberdade e reconhecimento como chave de leitura para desfazer a suspeita de "consequências antidemocráticas" que repousa sobre a sua teoria do Estado e endossar a "reatualização" da *Filosofia do Direito* proposta por Honneth sem as categorias da *Ciência da Lógica*.

A explicitação do papel desempenhado pelo reconhecimento na efetivação da liberdade na *Filosofia do Direito* indica a preservação dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, sobretudo, na mediação das instituições sociais. Tal

como demonstrado nos parágrafos 260 e 261 do referido texto, as vontades dos indivíduos não são enfraquecidas ou eliminadas em nome de um bem comum maior, mas são, antes, asseguradas e fortalecidas na substancialidade ética representada pelo Estado. A suspeita de consequências antidemocráticas, portanto, referida por Honneth em *Sufrimento de Indeterminação*, não se confirma.

É importante frisar que o conceito de liberdade substancial não está desvinculado das liberdades individuais. Falar, pois, do universal do Estado significa apontar para as instâncias mediadoras que o constituem. A liberdade, em suas possibilidades e limites, precisa ser situada no contexto destas instâncias. A condição do seu efetivo exercício requer o mútuo reconhecimento das vontades particulares nas suas relações institucionais. Hegel é um contextualista. Está, assim, na origem do comunitarismo.

O reconhecimento inclui limitações, mas é exatamente através delas que a convivência nas instituições sociais se torna viável. Afirmção inclui negação. Dessa forma, a concretização e a afirmação da liberdade comportam em si necessariamente momentos de reconhecimento recíproco. Estes se dão tanto nas relações mais imediatas entre os indivíduos, quanto nas relações entre indivíduos e instituições sociais. É a liberdade mediada e reconhecida. As instituições da eticidade representam a garantia dos resultados desse reconhecimento. Cite-se o exemplo da família: o Estado a protege na medida em que, além da satisfação das condições formais a ela inerentes, atende aos ditames do reconhecimento publicamente manifestado através da linguagem. Compreende-se, assim, porque não faz sentido falar em liberdade fora de uma estrutura de mediações e reconhecimento. Direitos e liberdades são assegurados nas instituições e através delas, na medida em que passam pelo movimento dialético das mediações. A "superação" que ocorre neste movimento inclui a conservação de direitos e deveres e não sua eliminação.

## Referências

HEGEL, G.W.F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986.



HEGEL, G.W.F. *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften III*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986.

HONNETH, A. *Sufrimento de Indeterminação: uma reatualização da Filosofia do Direito de Hegel*. São Paulo, Esfera Pública, 2007.

MARCUSE, H. *Razão e Revolução*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1978.

VALCÁRCEL, A. *Hegel y la Ética*. Barcelona, Anthropos, 1988.

WEBER, T. *Dignidade Humana e Liberdade em Hegel*. Espaço Jurídico, v. 15, n. 2, jul-dez. 2014.

WEBER, T. *Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano*. 2ª ed. Porto Alegre, EDIPUCRS, 2009.

\_\_\_\_\_. *Hegel: Liberdade, Estado e História*. Petrópolis, Vozes, 1993.

WILLIAMS, Robert. *Hegel's Ethics of Recognition*. London, University of California Press, 1997.

\_\_\_\_\_. (org.). *Beyond Liberalism and Comunitarianism: Studies in Hegel's Philosophy of Right*. New York: State University of New York Press, 2001.

## 6. DIGNIDADE HUMANA E LIBERDADE EM HEGEL<sup>1</sup>

### Introdução

Apesar de muito já se ter escrito sobre o tema da dignidade, nunca é demasiada a tentativa de explicitar seu complexo e multifacetado conteúdo. O fato de figurar como fundamento constitucional e se concretizar sobremaneira nos direitos fundamentais, embora não só através destes, justifica por si só um estudo aprofundado sobre ela.

Mas como se dá propriamente a explicitação e a concretização da dignidade através dos direitos fundamentais, nas instituições sociais? Em que medida há ou não uma limitação dos mesmos em virtude de uma subordinação ao Estado? Qual é a relação entre liberdade e dignidade? É possível compreender a dignidade sem liberdade?

Hegel, em sua *Filosofia do Direito*, foi decisivo na explicitação de uma concepção secularizada de dignidade. Vinculou-a expressamente à liberdade, nas diferentes formas de concretização desta. No entanto, alguns acusam-no, Popper está entre eles, de um mero determinismo: a liberdade reduzida ao puro e simples reconhecimento da necessidade. Entretanto, essa interpretação é, certamente, resultado de uma compreensão equivocada da concepção de dialética do filósofo alemão<sup>2</sup>. A dificuldade é explicitar o que está superado e guardado na negação da negação dentro do movimento dialético do sistema hegeliano. O que se quer mostrar é que a escolha de alternativas, condição de possibilidade da liberdade, acompanha todos os momentos de determinação do Conceito, isto é, a ideia da liberdade e sua efetivação. Assim, preservada a autodeterminação, está assegurada uma dimensão fundamental da dignidade.

---

<sup>1</sup> Publicado na revista: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/3732>. Revisado e ampliado para esta edição.

<sup>2</sup> Sobre dialética, ver meu livro *Hegel: Liberdade, Estado e História*, capítulo 1.

## 6.1 Pessoa e dignidade da pessoa.

A liberdade é o princípio orientador e fundamentador de toda estrutura jurídica, econômica e social de um Estado democrático. Nesse contexto pode-se afirmar que em Hegel o respeito à dignidade se expressa pelo respeito à liberdade. Aquela se traduz pelas diferentes formas de concretização desta. Já em seu ponto de partida na referida obra, a dignidade assume o papel de pressuposto básico de toda estrutura jurídica e social, através dos conceitos de *Pessoa* e *personalidade* (cf. Rph §35)<sup>3</sup>. Essas noções indicam a fundamental igualdade no referente à capacidade para a titularidade de direitos de todos os homens. "A personalidade começa quando o sujeito tem consciência de si" (Rph, §35). Ser pessoa de direito significa ter competência para ser sujeito de direitos<sup>4</sup>. É essa "capacidade jurídica" (*Rechtsfähigkeit*) a primeira expressão, a qual confere dignidade e requer tratamento igual para todos. É, portanto, o que há de "mais elevado para o ser humano" (*des Höchste des Menschen ist*). Portador de direitos e deveres, o homem vale como homem, devendo ser reconhecido e respeitado como livre e igual. É sugestiva a afirmação hegeliana: "sê pessoa e respeite os outros como pessoas" (Rph §36). A realização da liberdade como autodeterminação parte dessa condição de igualdade e impõe tratamento e proteção rigorosamente iguais para todos. Assim, ter direito ao respeito à dignidade significa ter o direito de ser respeitado como pessoa enquanto pessoa ou pelo fato de ser humano.

A *Filosofia do Direito* de Hegel mostra como se dá a efetivação ou pleno exercício dessa capacidade legal da pessoa, através de uma constante "luta por reconhecimento". O conteúdo da dignidade é explicitado pelo efetivo exercício dessa capacidade jurídica. O direito de posse é o primeiro exemplo, uma vez que expressa a "esfera exterior" da liberdade da pessoa. O direito de propriedade (a posse reconhecida) aparece, pois, como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse o direito de apropriação é condição de possibilidade de efetivação da

---

<sup>3</sup> Rph é a abreviação usada para Rechtsphilosophie (*Grundlinien der Philosophie des Rechts* – Hegel)

<sup>4</sup> Sobre o conceito de pessoa de direito, ver Kirste, Stephan. "A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito" IN: Sarlet, Ingo (Org.). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 191. Ver também Forst, Rainer. *Contextos da Justiça*, capítulo 2.

capacidade jurídica da pessoa e, dessa forma, da dignidade. Inclui o direito de alienação e do contrato, direitos que são a própria expressão do conteúdo da dignidade da pessoa, pois concretizam sua capacidade jurídica.

É importante notar que a igualdade decorrente da noção de pessoa de direito diz respeito à capacidade jurídica, portanto, ao ser pessoa, e não ao possível resultado do exercício dessa capacidade. O "racional" é possuir propriedade, pois esta indica a superação da "mera subjetividade da personalidade"; a quantidade, no entanto, é contingente. "Os homens são efetivamente iguais, mas somente enquanto pessoas, isto é, no referente à fonte de sua posse. De acordo com isso, todo homem deveria ter propriedade. Caso se queira falar em igualdade, essa é a igualdade que deve se considerar" (Rph §49). Isso indica a fundamental igualdade de todos enquanto pessoas, ou seja, "como competência para a titularidade de direitos" (SEELMANN, 2005, p. 110).

A proteção à dignidade requer a garantia do exercício dessa capacidade. É sugestivo que com a concepção de pessoa de direito se estabeleça a igual dignidade de todos, como ponto de partida ou fundamento de toda estrutura jurídica, econômica e social. A Filosofia do Direito hegeliana é a mais ampla demonstração disso. Seu princípio é a liberdade. Assim, o respeito à dignidade se expressa pelo respeito à liberdade. Seelmann, ao referir-se ao tema do respeito desenvolvido na Filosofia da Religião de Hegel, associa a "degradação à recusa do reconhecimento da 'pessoa' como subjetividade jurídica e do 'sujeito' como indivíduo particular" e acrescenta: "aquele que não reconhece o outro como livre, isto é, não o reconhece como igual na competência da titularidade de direitos ou como indivíduo particular com suas necessidades específicas, degrada-o" (SEELMANN, 2005, p. 114). Podemos não definir bem o que é dignidade, mas sabemos o que é humilhação e degradação.

O §66 da Filosofia do Direito refere-se explicitamente à inalienabilidade (*Unveräußerlichkeit*) dos bens ou "determinações substanciais [...] que constituem a própria pessoa e a essência universal da sua autoconsciência, tais como a personalidade em geral, a universal liberdade da vontade, a eticidade, a religião" (Rph §66). São "exemplos de alienação da personalidade": a escravidão, a incapacidade de ter propriedade e a falta de liberdade sobre ela. O autor em pauta se refere ao "direito de inalienabilidade" da personalidade, tratando-o como um direito

“imprescritível” (Rph §66), pois compreende o direito à integridade física e psíquica. A “alienação da racionalidade inteligente, a moralidade, a eticidade, a religião, ocorre na superstição (*Aberglaube*), na autoridade e pleno poder concedido a outro para que decida que atos devo realizar (...), e prescreva e determine o que é para mim uma obrigação de consciência...” (Rph §66). Ora, esse poder de racionalidade é intransferível e só pode ser exercido pelo próprio sujeito de direitos. Como se pode observar, esse parágrafo é rico no esclarecimento do conteúdo próprio da dignidade humana, sobretudo ao referir os elementos constitutivos do direito de personalidade. Descreve as formas de alienação ocorridas na superstição, de modo especial quando o princípio da autonomia é violado. Dessa forma, o escravo tem um “direito absoluto” de se libertar, pois é nulo um contrato resultante de um crime que compromete a sua vida ética.

No entanto, esses direitos da personalidade têm pelo menos um limite: a vida é indisponível; a pessoa não tem direito sobre si mesma. A dignidade da vida indica que a pessoa não pode usar-se como meio, precisamente por não ter direito sobre si. O direito ao suicídio está, portanto, descartado. O exercício da autonomia encontra, dessa forma, um claro limite: a dignidade. Mas a autonomia não é o fundamento da dignidade? Essa é uma tese desenvolvida por Kant na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*<sup>5</sup>.

Ainda no referente à primeira parte da *Filosofia do Direito*, Hegel, com o contrato, introduz a categoria do reconhecimento, central na concretização do princípio da liberdade como expressão da dignidade. O contrato pressupõe vontades livres que se reconhecem reciprocamente e esse reconhecimento recíproco é sinal do respeito mútuo de vontades livres. Portanto, dignidade e liberdade são inseparáveis, pois somente vontade reconhecida é vontade livre, isto é, efetivada ou concretizada. O reconhecimento recíproco é o que legitima um contrato, já a má fé o torna nulo. A violação dessas vontades livres que realizam contratos é a injustiça, pois ferir o pacto é violar a realização da vontade alheia. Daí a pena. A aplicação dessa, no entanto, encontra na dignidade o seu limite. É, pois, em virtude da dignidade que o próprio delinquente deve ser respeitado (honrado) “como um ser racional”. Ele

---

<sup>5</sup> Sobre o tema, ver artigo “Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant” *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 3, nº 9, 2009.

não deixa de ser pessoa, embora possa não ser mais cidadão em seu sentido pleno, ou como afirma Rawls: "pessoa é alguém que pode ser um cidadão" (RAWLS, 2005, p. 18). A pena de morte seja talvez a questão mais emblemática.

## 6.2 Moralidade: a pessoa como sujeito

A pergunta pela autodeterminação da vontade, seus propósitos e intenções, é outro aspecto da explicitação do conteúdo da dignidade. O direito de se reconhecer nas ações é o mais sagrado direito da subjetividade do indivíduo, é o direito da moralidade. O direito da vontade subjetiva inclui os direitos de saber e querer como condições de responsabilidade subjetiva. Hegel afirma: "Só o que eu sabia acerca das circunstâncias me pode ser imputado" (*zugerechnet*) (Rph §118) e "o direito de não reconhecer o que não considera racional é o mais elevado direito do sujeito" (Rph §132). Com o direito da moralidade se quer assegurar o direito à subjetividade, dimensão fundamental da preservação da dignidade humana. Esse reconhecimento como pessoa e como sujeito é condição de possibilidade para se viver num Estado jurídico.

No §124 o autor insiste na realização dos "fins válidos" e chama atenção para o fato de que nessa realização está também incluída a "satisfação subjetiva do indivíduo" incluindo o "reconhecimento em sua honra e glória" (*Ehre und Ruhm*). O sujeito se define pelas suas ações. Se estas são sem valor também a subjetividade de seu querer se desmerece. Com o reconhecimento do direito da moralidade se quer evidenciar a dimensão subjetiva da responsabilidade, pois só posso ser responsabilizado por aquilo que quis fazer e sabia que estava fazendo. O respeito à subjetividade é respeito à liberdade. Pode-se observar que a *Filosofia do Direito*, ao tratar das diferentes dimensões da liberdade, explicita o seu conteúdo. Respeitar o direito de moralidade é respeitar a dimensão subjetiva da liberdade, enquanto direito da dignidade.

Um dos aspectos mais importantes do direito de moralidade e que evidencia a dignidade da vida é o "direito de emergência" (*Notrecht*): o direito de fazer uso de todos os meios possíveis para a preservação da vida. É o direito de abrir uma exceção a seu favor em caso de perigo extremo. Trata-se de um direito fundamental e não de

uma concessão. É pautado nesse direito que se deve assegurar o “benefício de imunidade pelo qual se deve deixar ao devedor instrumentos de trabalho, roupas, e em geral a porção de sua fortuna (*Vermögen*) que mesmo sendo propriedade do credor, é necessária para sua manutenção, de acordo com sua posição social” (Rph §127). Isso tem como núcleo de sustentação a inviolabilidade da pessoa humana. É a garantia de uma espécie de um “mínimo existencial” que visa assegurar as condições mínimas de uma vida digna. “A necessidade do presente imediato pode justificar uma ação injusta” (Rph §127). Assim, a realização do princípio da liberdade está associada à garantia das condições mínimas para uma vida digna e isso é assegurado pelo direito de necessidade.

### **6.3 Dignidade e eticidade: a pessoa como cidadã**

O capítulo da eticidade da *Filosofia do Direito* é a mais plena justificação e garantia dos direitos fundamentais do indivíduo e de sua autonomia e autodeterminação do ponto de vista de suas determinações objetivas. Sua dignidade é assegurada na “substancialidade ética”, que é o resultado da mediação das vontades ou da vontade livre nas instituições sociais. Nesse nível de determinação da liberdade, o indivíduo é enquanto “membro de”.

É na condição de membro de uma família e de uma corporação que a pessoa realiza a sua liberdade, concretizando seus direitos. Poder-se-ia falar aqui da dimensão social ou intersubjetiva da dignidade<sup>6</sup>: “o direito dos indivíduos à sua particularidade está também contido na substancialidade ética, pois a particularidade é a maneira fenomênica exterior em que existe o ético” (Rph §154). Essa é a tese central aqui defendida: a substancialidade ética, representada pelo Estado, indica a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos nas instituições sociais. A família, as corporações e o Estado são as instâncias realizadoras e garantidoras da liberdade humana e, dessa forma, da dignidade. O §155 descreve a “identidade da vontade universal e particular” na medida em que há uma coincidência entre deveres e direitos. Não existem deveres que ao mesmo tempo não sejam

---

<sup>6</sup> Sobre o tema da dignidade e intersubjetividade, ver Ingo Sarlet, *Dimensões da dignidade*, p. 23.

direitos. A escravidão é, por isso, a mais grave violação da dignidade, pois não reconhece direitos; só exige deveres. O ético professa a identidade de deveres e direitos, portanto a mútua restrição entre eles.

É oportuno observar as instâncias mediadoras pelas quais a pessoa do direito efetiva sua vontade livre no percurso das configurações da *Filosofia do Direito*: no Direito o objeto é a pessoa; do ponto de vista moral é o sujeito; na família é o "membro de"; na sociedade civil e no Estado é o cidadão (cf. Rph §190). São diferentes níveis de reconhecimento e realização da liberdade. É, pois, sobremaneira na eticidade, a "segunda natureza", em que, pelas mediações nas instituições sociais, se assegura a realização dos direitos e liberdades fundamentais. Se considerarmos os direitos fundamentais como concretização da dignidade humana, é no nível da eticidade que estão suas instâncias públicas e objetivas de efetivação. Para Honneth, uma das condições mínimas que a esfera da eticidade deve satisfazer, a fim de se desvencilhar do "sofrimento de indeterminação", é colocar "[...] a disposição em geral possibilidades acessíveis de realização individual, de autorrealização, cujo uso pode ser experimentado por cada sujeito individual como realização prática de sua liberdade" (HONNETH, 2007, p. 106).

A reatualização da *Filosofia do Direito* por parte de Honneth é a mais plena defesa da autonomia individual ou autodeterminação do indivíduo na concretização da liberdade nas instituições sociais. O reconhecimento recíproco é a categoria-chave. A realização individual, através da efetivação de seus direitos, é a garantia do respeito à sua dignidade. No nível da eticidade, é na família que o reconhecimento aflora como ponto de partida objetivo do casamento. O livre-consentimento indica o respeito pela sua liberdade. No que tange a sua legitimação é a "declaração solene do consentimento" e o "correspondente reconhecimento por parte da família e da comunidade" (Rph §164). É isso o que configura a dimensão ética do casamento. Nesse percurso entre a "relação ética imediata" (constituição da família) e o Estado, constrói-se a "substancialidade ética", que assegura objetivamente os direitos e liberdades individuais e sociais no universal, garantindo o reconhecimento como pessoa e sujeito de direitos como garantia institucional. Seelmann comenta com acerto: "a proteção jurídica da dignidade reside na obrigação do reconhecimento de determinadas possibilidades de prestação – da prestação da defesa de direitos, da



prestação de desenvolvimento da individualidade e da prestação do auto-ordenar-se no processo de interação" (SEELMANN, 2005, p. 116). A vinculação entre dignidade e liberdade fica assim evidenciada. Na linguagem hegeliana, desse modo, a realização da liberdade requer a proteção dos direitos nas bases éticas do Estado.

Ao justificar a monogamia, Hegel refere o respeito à "personalidade", "a imediata individualidade exclusiva" que se entrega a uma relação. É a dignidade que justifica "a entrega recíproca e indivisa da personalidade" (Rph §167).

A administração da justiça, na sociedade civil, tem um pressuposto básico: "o homem vale como homem (*der Mensch gilt so, weil er Mensch ist*) e não porque é judeu, católico, protestante, alemão, italiano, etc." (Rph §209). Assim, a lei e a sua aplicação não poderão fazer nenhuma distinção entre raça, cor e sexo. Igualdade e liberdade constituem, pois, um binômio central na Filosofia Política hegeliana, enquanto garantia da realização da dignidade humana. As corporações, na sociedade civil, têm a função de fortalecer os direitos e liberdades dos seus componentes, ou para usar uma expressão de Hegel, devem "proporcionar cuidados aos seus membros" referente aos seus interesses, qualidades e habilidades (Rph § 252). Está clara a ideia da proteção da dignidade mediante a prestação da defesa de direitos por parte das instituições. É como membro de uma corporação que o indivíduo tem "honra profissional". Junto com a família, ela é a "segunda raiz ética do Estado". Hegel critica os Estados Modernos pelo fato de permitirem uma participação muito restrita nos assuntos gerais do Estado. Por isso, reitera a necessidade de se proporcionar ao "homem ético", uma "atividade universal". Isso se dá pela corporação. Esta é a base do reconhecimento social, dimensão central na realização da liberdade.

#### **6.4 Dignidade, liberdade e Estado**

Foi certamente em nome do Estado e pelo próprio Estado que já se cometeram as maiores agressões à dignidade humana, sobretudo na forma de violação de direitos humanos. Em prol da ordem pública ou de uma supremacia nacional se justificaram tais atrocidades, que deixaram cicatrizes ainda em aberto até os dias atuais.

A *Filosofia do Direito* hegeliana é a mais plena justificação do Estado. O indivíduo tem o “dever supremo” de ser membro dele, pois ele é a “realidade efetiva da ideia ética” (Rph §257). Ele é o “racional em si e para si” (Rph §258). O maior desafio que se coloca refere-se à garantia dos direitos e liberdades fundamentais no interior desse Estado. Uma questão se impõe: Será possível assegurar a liberdade, os direitos e deveres, enfim, a dignidade humana, sem as garantias do Estado? Em que medida é o Estado a “realidade efetiva” da liberdade concreta? Como conciliar os interesses individuais com os coletivos? Não se corre o risco de justificar um Estado totalitário, tendo em vista a subordinação dos direitos da liberdade individual à autoridade do Estado? E qual é o limite dessa subordinação sem que se viole a dignidade?

A liberdade é uma conquista da História e não pode ser mais questionada como base constitucional de um Estado de Direito. Na *Filosofia do Direito* do filósofo alemão é um pressuposto para a “Ciência do Direito”, ou seja, o Direito apenas trata das suas formas de concretização. A concepção de Estado hegeliana inclui a mais plena realização dos direitos e liberdades dos cidadãos e, assim, garante a integridade de sua dignidade. Nas diferentes instâncias mediadoras da eticidade, os interesses dos indivíduos, ao passar pelas mediações da família e das corporações, estão superados e guardados no universal representado pelo Estado. Por isso que se pode falar em “prestação do desenvolvimento da individualidade”, mediante a defesa de direitos, para usar uma expressão de Seelmann.

Isso pode ser demonstrado em alguns parágrafos clássicos da *Filosofia do Direito*: o §260 reza que o “Estado é a realidade efetiva (*Wirklichkeit*) da liberdade concreta”. O que significa isso? Na sequência do parágrafo, lemos: “a liberdade concreta consiste em que a individualidade pessoal e seus interesses particulares tenham seu total desenvolvimento e o reconhecimento de seu direito (no sistema da família e da sociedade civil), ao mesmo tempo que se convertem, por si mesmos, em interesse geral, que reconhecem com seu saber e sua vontade com seu próprio espírito substancial e tomam como fim último de sua atividade” (Rph § 260). Há aqui uma mútua imbricação entre liberdade e reconhecimento. Se considerarmos apenas a segunda parte da citação poderíamos facilmente concluir que a liberdade consiste no reconhecimento da necessidade: “o espírito substancial”.

É preciso evidenciar, no entanto, que a individualidade pessoal e seus interesses devem ter seu desenvolvimento assegurado pelo Estado, conforme prevê a primeira parte do parágrafo. A liberdade se realiza pelo desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais. Ora, estes são a expressão da dignidade. Dessa maneira, o Estado, em última instância, tem a função de assegurar a efetivação desses direitos, representando a proteção jurídica da dignidade. O Estado enquanto eticamente correto "implica que minha obrigação a respeito do substancial seja ao mesmo tempo a existência de minha liberdade particular, ou seja, nele dever e direito estão unidos numa e mesma relação" (Rph §261). Essa mútua restrição de direitos e deveres permite a efetivação da substancialidade ética, na qual estão mediados, conservados e guardados os direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos.

Os parágrafos referidos também dão uma indicação clara de que a concretização da liberdade inclui limitações. Afirmção inclui negação; escolha inclui reconhecimento alheio. Quando falamos do Estado como "compenetração do substancial e do particular" estamos referindo um equilíbrio entre as obrigações para com o substancial e a existência da liberdade particular. Isso requer mediação de vontades, identidade de direitos e deveres, reconhecimento recíproco, argumentação e respeito pela diversidade. Assim, "ao cumprir com seu dever o indivíduo deve encontrar ao mesmo tempo, de alguma maneira, seu próprio interesse, sua satisfação e seu proveito, e de sua situação no Estado deve nascer o direito de que a coisa pública venha a tornar-se sua própria coisa particular" (Rph §261). Mediação de vontades não significa seu enfraquecimento ou sua eliminação; ao contrário, o seu reconhecimento e fortalecimento. Estamos falando da liberdade concretizada e não de liberdade abstrata. O exercício efetivo dos direitos não se dá de forma abstrata e indeterminada, mas sim nas instâncias mediadoras e no reconhecimento recíproco das instituições sociais. Fica claro que nestas mediações o reconhecimento é recíproco e não unilateral. Na *Enciclopédia*, Hegel sustenta que o indivíduo se torna digno de reconhecimento quando "comporta-se para com os outros de uma maneira universalmente válida, reconhecendo-os como ele mesmo quer valer" (§432).

O § 270 deixa clara a função do Estado: proteger e assegurar a vida, a propriedade e o arbítrio de cada um. Ora, estes são fins universais, o conteúdo, por excelência, da dignidade humana. Estamos falando do fundamento de um Estado

constitucional que tem como base de sustentação o “espírito do povo” (*Volksgeist*). Dessa forma está enfraquecida a tese de uma leitura determinista da teoria do Estado hegeliano. Não se trata de uma “sociedade fechada”, como quer Popper, mas de um sistema aberto que permite uma complementaridade entre o necessário e o contingente, entre liberdade e necessidade. Portanto, sempre novas alternativas se oferecem para a livre escolha e decisão dos indivíduos e que encontram no Estado proteção e garantia. Fazendo a sua parte, isto é, ao cumprir o seu dever, o indivíduo encontrará a satisfação de seus próprios interesses (cf. Rph §261), pois na substancialidade ética o particular está superado e guardado no universal. Isso significa garantia e efetivação de seus direitos fundamentais. Como tal é liberdade efetivada e o conteúdo da dignidade explicitado.

A ideia de espírito do povo pode facilmente prestar-se a uma interpretação meramente nacionalista da concepção do Estado. É preciso lembrar, no entanto, que acima do espírito do povo, que representa a fundamentação ética da Constituição, está o “espírito do tempo” (*Zeitgeist*) que, no dizer de Bobbio, “precede e de algum modo força a mudança do espírito do povo”, sobretudo nos períodos de “aceleração histórica” (BOBBIO, 1991, p. 108). “Boa Constituição é aquela que, mesmo não sendo dada a priori, mesmo não contradizendo ou não forçando o espírito de um povo, se adapta pouco a pouco, ou até imediatamente, se for necessário, ao espírito do tempo” (BOBBIO, 1991, p. 108). Esse tribunal a que o espírito de um povo está sujeito é uma garantia para a realização dos direitos humanos, no nível do direito internacional. Mostra que o respeito à dignidade da pessoa humana não tem fronteiras geográficas nem limitações temporais. Isso vincula o espírito do tempo ao “espírito do mundo” (*Weltgeist*).

### **Considerações finais**

A vinculação entre dignidade e liberdade fica claramente estabelecida. Os direitos fundamentais (por exemplo, a propriedade) e as diferentes formas de mediação da efetivação da liberdade explicitam o conteúdo próprio da dignidade. A *Filosofia do Direito* hegeliana, ao mostrar o exercício da capacidade jurídica da “pessoa do direito” confirma esse argumento. Respeitar e assegurar a realização dos

direitos individuais e sociais nas instituições políticas e sociais, tais como a família, as corporações e na organização geral do Estado é promover o respeito à dignidade.

Esse respeito se revela pela valorização da autonomia individual e pelo reconhecimento recíproco. Isso tem como pano de fundo uma conquista da história: o princípio da universalidade da liberdade. Não existe dignidade sem liberdade e respeito aos direitos fundamentais. Essa é a lição aprendida de uma das grandes obras do pensamento filosófico-jurídico moderno: a *Filosofia do Direito* de Hegel. Assim, fica afastada a suspeita de que esta obra traz consigo uma subordinação das liberdades individuais à autoridade ética do Estado.

A fundamentação ética da Constituição, isto é, a sua vinculação com o "espírito do povo", indica que o próprio conceito de dignidade é um conceito aberto, no sentido de estar em constante redimensionamento de seu significado. Novos valores se criam, outros passam a ter menor importância; conquistas em relação aos direitos fundamentais se solidificam em vista da adequação ao "espírito do tempo"; instituições se fortalecem. Apesar disso, graves violações da dignidade humana ocorrem, sobretudo na forma de desrespeito aos direitos humanos. O político e o eticamente correto ainda estão longe de uma razoável complementaridade.

## Referências

BOBBIO, N. *Estudos sobre Hegel*. São Paulo: Brasiliense/UNESP, 1991.

FORST, Rainer. *Contextos da Justiça*. São Paulo: Boitempo, 2010.

HEGEL, G.W.F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

HONNETH, A. *Sufrimento de Indeterminação: uma reatualização da Filosofia do Direito de Hegel*. São Paulo: Editora Singular, 2007.

KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa. In: SARLET, Ingo (org.) *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RAWLS, J. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.

SARLET, Ingo. *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEELMANN, Kurt. Pessoa e Dignidade da Pessoa Humana na Filosofia do Direito de Hegel. In: SARLET, Ingo (org.). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WEBER, Thadeu. *Hegel: liberdade, Estado e História*. Petrópolis: Vozes, 1993.

\_\_\_\_\_. Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana em Kant. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 3, nº 9, 2009.

## 7. DIGNIDADE, RECONHECIMENTO E CONSTITUIÇÃO: ENTRE KANT E HEGEL<sup>1</sup>

### Introdução

A inegável contribuição do pensamento de Kant e Hegel à Filosofia Política Contemporânea pode ser medida pelas suas influências e repercussões. Em referência a Kant, temos uma avaliação da competência da razão, apontando o alcance e seus limites. Com isso, tanto do ponto de vista teórico quanto prático, o estabelecimento do âmbito e dos limites da razão foi, sem dúvida, o maior legado. No tocante a Hegel, decorre uma esquerda e uma direita, suscitando discussões relevantes até nossos dias.

É por demais conhecida a crítica de Hegel ao formalismo da filosofia moral kantiana, caracterizando-a como uma “indeterminação abstrata”<sup>2</sup>. Desse diálogo muito se valeram os debates entre liberais e comunitaristas, amplamente conhecidos na Filosofia Política Contemporânea. Não é objeto desse capítulo entrar nessas controvérsias, mas apenas apontar uma relação complementar entre esses dois gigantes do idealismo alemão<sup>3</sup>.

Encontramos em Kant, através de uma ética do dever pelo dever, uma ênfase na ética das intenções. Dessa forma, para preservar a autonomia da vontade não pode ela ser determinada pelo cálculo de possíveis consequências. A importância de se considerar as intenções dos sujeitos agentes na emissão de um juízo moral é inegável, porém insuficiente, pois envolve apenas as condições de responsabilidade subjetiva. Todavia, em Hegel, encontramos uma crítica consequencialista da filosofia moral kantiana. Ou melhor, além dos propósitos e intenções, enquanto fundamentação subjetiva da vontade moral, necessita-se acrescentar uma avaliação dos meios usados, bem como das consequências e das repercussões das ações

---

<sup>1</sup> Originalmente publicado pela revista:

<https://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/4173>. Revisado para esta edição.

<sup>2</sup>Sobre a crítica de Hegel ao formalismo da moral kantiana, ver: Weber, Thadeu. *Ética e Filosofia Política*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

<sup>3</sup> Um exaustivo estudo sobre liberalismo e comunitarismo é feito por Rainer Forst, em *Contextos da Justiça*. São Paulo: Boitempo, 2010.

humanas. Com a eticidade, Hegel vai além da moralidade, enquanto essa trata apenas das condições da responsabilidade subjetiva e aquela da concretização da vontade livre nas instituições sociais. A ideia de reconhecimento recíproco passa a ter um papel legitimador dos contratos e acordos das mediações sociais. Mas como se dá a passagem da moralidade para a eticidade? Como partir da fundamentação subjetiva da vontade livre para as suas determinações objetivas?

A complementaridade dos dois autores pode ser claramente estabelecida: De Kant extraímos as condições da responsabilidade subjetiva e de Hegel apreendemos a necessidade de avaliar o desdobramento objetivo da vontade livre nas instituições sociais. Importam, também, as consequências e as repercussões. Com isso, se enfraquece o apriorismo da moral kantiana, em nome da consideração do contexto da eticidade hegeliana. Os conceitos de liberdade negativa e optativa são complementados com o de liberdade social, isto é, a liberdade mediada e efetivada nas instituições da eticidade. Honneth, com sua "reatualização da *Filosofia do Direito* de Hegel", dá muito destaque a esse terceiro conceito de liberdade, exatamente por acreditar estarem aí as bases de uma filosofia social.

Desfavoravelmente à separação entre ética e direito em Kant, Hegel contrapõe a estreita vinculação entre direito, moralidade e eticidade. Poderíamos dizer que Hegel juntou o que Kant separou. Essa separação, no entanto, não foi gratuita. Exerceu enorme influência nas doutrinas liberais na segunda metade do século XX. A ideia de liberdade negativa e de uma neutralidade ética do direito são amplamente endossadas por aquelas (cf. FORST, 2010, p. 54). Uma das razões fundamentais desse endosso é o estabelecimento de uma garantia dos direitos e liberdades individuais e sociais. Com isso, o direito torna-se, efetivamente, uma "capa protetora da pessoa do direito" (FORST, 2010, p. 90). Para isso a distinção entre leis éticas e leis jurídicas (espécie) a partir das leis morais (gênero) feita por Kant em *A Metafísica dos Costumes*, é fundamental. As leis morais é que se dividem em jurídicas e éticas. O que as distingue é a sua diferente motivação. O Direito, portanto, tem base moral, mas não ética. Forst, em parte, se apropria dessa distinção quando diferencia quatro contextos da justiça: o ético, o jurídico, o político e o moral (cf. FORST, 2010, p. 13). O objetivo dele é esclarecer uma das teses centrais do liberalismo: a neutralidade ética do direito.



Por outro lado, com a fundamentação ética do político, Hegel lança as bases do comunitarismo: direito, ética e moral não podem ser separados. As conquistas da História e a consideração do contexto enfraquecem o apriorismo da filosofia prática de Kant e destacam a insuficiência de dois modelos de liberdade: a negativa e a optativa, amplamente discutidas na *Filosofia do Direito*. O "espírito do povo" (sua cultura, sua história, suas origens e seus costumes) deve ser considerado como o fundamento ético da Constituição do Estado. De modo consequente, N. Bobbio tem razão ao enfatizar a concepção ético-política da Constituição como base de uma concepção positiva da mesma, esta defendida por Kant e com forte influência no positivismo jurídico (BOBBIO, 1991, p. 104).

É oportuno enfatizar que a concepção de pessoa é, fundamentalmente, a mesma em ambos os autores: a pessoa de direito é ao mesmo tempo sujeito de direitos. Quer dizer, a pessoa com capacidade legal tem competência para a titularidade de direitos. A diferença está nas formas de concretização dessa capacidade. Em Hegel, ela se efetiva através das figuras que constituem o movimento dialético da *Filosofia do Direito*, isto é, da concretização da ideia da liberdade. O direito abstrato trata das formas mais imediatas da realização dessa capacidade jurídica da pessoa; a moralidade investiga as condições da responsabilidade subjetiva da vontade livre e a eticidade seu desdobramento objetivo nas instituições sociais. É nestas que os direitos fundamentais da pessoa de direito adquirem plena efetividade. Em Kant, a racionalidade e a razoabilidade indicam as condições pressupostas para possibilitar a autolegislação da razão. A propósito, Rawls destaca essas "qualidades morais" da pessoa de direito, solidificando uma concepção normativa e política e não mais metafísica, como condição para o exercício da cidadania, isto é, a convivência numa sociedade cooperativa.

### **7.1. Autonomia e dignidade humana**

O princípio da dignidade humana adquiriu no século XX o status de marco teórico dos grandes acordos políticos nacionais e internacionais. É um dos fundamentos da Constituição brasileira de 1988 e da maioria dos Estados

Democráticos de Direito. O consentimento livre e informado é requisito básico de qualquer pesquisa com seres humanos e da relação médico/paciente. O princípio da autonomia é o fundamento da democracia, das ações eticamente corretas e do Estado Democrático de Direito. Nesses quesitos, somos profundamente devedores de Kant e Hegel. Do mesmo modo, encontramos neles a explicitação do conteúdo desses princípios e de sua justificação. Quanto à influência e referência a esses temas, Kant foi decisivo para o fortalecimento das bases do liberalismo. Com a distinção entre direito, moralidade e eticidade, como formas de efetivação da ideia da liberdade, na Filosofia do Direito, Hegel apresenta uma fundamentação ética da Constituição do Estado e lança as bases do comunitarismo. A distinção entre a fundamentação subjetiva da vontade livre (moralidade) e a demonstração da necessidade de seu desdobramento objetivo nas instituições sociais (eticidade) representa uma enorme contribuição para os debates em torno do tema da responsabilidade, tanto subjetiva quanto objetiva, principalmente no que diz respeito às consequências e repercussões das ações humanas.

Autonomia e dignidade são a base dos argumentos e das relações ético-políticas. Em torno deles giram os princípios norteadores do exercício do poder político e da conduta eticamente correta. Se nos concentrarmos mais especificamente na filosofia moral, encontramos nas formulações do imperativo categórico kantiano esses dois conceitos devidamente explicitados. Na segunda formulação encontramos o conceito de dignidade humana como marco teórico fundamental. Tratar a humanidade, "tanto na sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e nunca simplesmente como meio" (KANT, 1974, BA67) indica a razão elementar do respeito à dignidade: a capacidade de consentimento do ser humano. Aliás, tratar alguém simplesmente como meio significa impedir o seu consentimento. Exemplificando, podemos tratar alguém como meio desde que ele saiba de minha intenção e concorde com essa ação. Consequentemente, não posso usar o homem na minha pessoa simplesmente como meio porque ele não tem preço e, sim, dignidade. Ele é um fim em si mesmo.

A atualidade de Kant e Hegel não está somente na sua concepção metafísica de pessoa e dignidade, mas também e principalmente na influência que causaram na positivação e sua concretização na forma de direitos fundamentais, sobretudo nas

constituições democráticas do século XX e XXI. Na Filosofia do Direito de Hegel, a dignidade está expressamente vinculada à ideia de liberdade como princípio orientador e fundamentador das estruturas jurídicas e sociais. Tomando como ponto de partida a capacidade jurídica da pessoa, o conteúdo da dignidade é explicitado mediante as diversas figuras da concretização dessa capacidade. A proteção da dignidade requer a garantia do exercício dessa capacidade. O conceito de liberdade em jogo é comum aos dois autores: a autodeterminação da vontade.

Se ligarmos essa concepção de dignidade com a terceira formulação do imperativo categórico, temos elaborada a principal tese da filosofia prática kantiana: a autonomia é o fundamento da dignidade humana. A capacidade da autolegislação da razão, ou seja, a capacidade de construir a lei a qual se submete é que confere dignidade. Tornar-se legislador para a comunidade moral da qual se faz parte é a essência da autonomia moral. Afirma Rawls, interpretando Kant: "o fundamento da dignidade é a capacidade de fazer a lei universal e de agir segundo o princípio da autonomia" (RAWLS, 2005, p. 241). A função autolegisladora da razão é o que confere dignidade à pessoa humana. Com isso, Kant nos ensinou que não podemos contentar-nos em seguir ou obedecer a regras, precisamos de uma justificação para elas. Ora, a autonomia é a faculdade dos seres racionais de agir de acordo com princípios, demonstrando controle sobre as paixões (cf. PATON, 1971, p. 212). O imperativo categórico, com suas diferentes formulações, assume esse papel. Ele é um critério de construção e justificação de normas morais<sup>4</sup>, sendo justamente essa capacidade de justificação das ações, o que nos confere dignidade.

Observa-se que a autonomia e a dignidade são qualidades intrínsecas da pessoa humana e, portanto, a base da ação com mérito moral e da vivência democrática. O fato de participarmos da construção das leis é o que legitima sua validade. O consentimento é o que dá legitimidade a qualquer deliberação e juízo moral. Essa tese norteia, hoje, por exemplo, as análises e decisões dos comitês de

---

<sup>4</sup> Uma interpretação construtivista do imperativo categórico kantiano é feita por Rawls (*História da Filosofia Moral*, 2005, p. 192). Se o entendermos como um procedimento então podemos considerá-lo como uma fórmula para a elaboração de normas de ação. O imperativo categórico, tal como a posição original de Rawls, não é construído. Ambos são simplesmente estipulados. O que é construído através desse procedimento são regras morais (conteúdo) (Kant) e princípios de justiça (Rawls). É claro que isso supõe a distinção entre lei moral como ideia da razão e imperativo categórico como procedimento, onde este é a aplicação daquela (cf. Rawls, 2005, p. 192).

ética em pesquisa com seres humanos. Também conduz os sistemas legislativos de todo Estado Democrático de Direito. Kant e Hegel se ocupam expressamente da justificação da autonomia e do livre consentimento: Kant, centrado no indivíduo, Hegel, nas mediações sociais.

Sob o mesmo ponto de vista, Tugendhat resume bem o significado do imperativo categórico para os nossos dias. O imperativo “nunca use o ser humano simplesmente como meio” resulta no mandamento “não instrumentalizes ninguém” e positivamente, afirma: “respeita-o como sujeito de direito” (TUGENDHAT, 1997, p. 155). Assim, que todo cidadão seja reconhecido como sujeito de direitos é a base das democracias contemporâneas e orienta as teorias da justiça que apostam na igualdade de todos perante a lei, igualmente respeitando as diferenças. É por isso que, já, Hegel toma como ponto de partida da efetivação da ideia da liberdade a noção de pessoa de direito, ou melhor, a capacidade jurídica da pessoa enquanto portadora de direitos.

A atribuição de dignidade unicamente às pessoas humanas é objeto de muitas controvérsias<sup>5</sup>. Deveríamos incluir os animais a fim de resguardar seus direitos? E os vegetais? Contudo, se tiverem dignidade podemos usá-los simplesmente como meios? E o consentimento? Será o conceito kantiano de dignidade muito restritivo?

Kant certamente reserva a denominação dignidade aos seres racionais. Nesse sentido, trata-se de um antropocentrismo. Mas não é exatamente aí que está seu mérito? Se ampliarmos demasiadamente o conceito de dignidade, acabamos esvaziando-o ou enfraquecendo seu conteúdo. Se tudo tem dignidade, nada mais é digno. Ou será que teríamos que admitir graus hierárquicos de dignidade? Certamente não precisamos atribuir dignidade aos animais para respeitá-los. Revelamos nossa identidade (personalidade) pela maneira como os tratamos. Restringir a dignidade ao homem indica e enobrece qualidades específicas dos seres racionais, tais como a sua capacidade de ter bom caráter, de ter boa vontade e de ter personalidade moral. É por isso que não se pode instrumentalizá-lo. Ele é sujeito de direitos, mesmo que não possa efetivá-los. É o que queremos significar com o ser

---

<sup>5</sup> I. Sarlet, por exemplo, refere-se a um “excessivo antropocentrismo” dessa concepção de dignidade kantiana (ver, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2002, p. 35). Também, *Dimensões da Dignidade*, 2009, primeiro capítulo.

“pessoa de direito”. Do ponto de vista ético, jurídico e político essa concepção antropológica é de indiscutível relevância e atualidade, ainda que seja uma concepção metafísica. Rawls vai entendê-la como concepção normativa, pressuposta na sua concepção política de justiça. As “qualidades morais” a ela atribuídas e exigidas, pelo menos em grau mínimo necessário para o pleno exercício da cidadania, são as mesmas: a racionalidade e a razoabilidade.

A tese kantiana de que a autonomia é o fundamento da dignidade permite colocar uma questão fundamental: os que não tem condições de exercer a autonomia (doentes mentais, presos, etc.) perdem a dignidade? Certamente a autonomia não é o único fundamento da dignidade. Ela tem limites. Em Kant não existe, por exemplo, o direito ao suicídio. A dignidade é constitutiva da própria concepção de pessoa como fim em si mesma. Portanto, não ter condições de exercício da autonomia não significa não ter dignidade. Isso significa, para Sarlet, que a autonomia, em sentido kantiano, deve ser considerada como autonomia potencial (cf. SARLET, 2002, p. 30).

Além do mais, é preciso que se reconheça e enfatize a importância da terceira formulação do imperativo categórico, a da autonomia, para as teorias éticas posteriores. Com a legislação para um “reino dos fins”, Kant antecipa formulações que consagram as teses de grandes mestres da filosofia moral e política contemporânea: a “comunidade ideal de comunicação” de Apel e o “mundo social ajustado” de Rawls, entre outros (APEL, 1995, p. 163). Outrossim, o “reino dos fins” (terceira formulação) traz implícita a ideia de reciprocidade, e a formulação da lei universal (primeira), a ideia da universalidade, critérios amplamente adotados para caracterizar a justificação pública em teorias da justiça (cf. FORST, 2010, p. 52).

Com Hegel avançamos nesse debate e aprendemos que o exercício da liberdade vai além de uma razão determinadora da vontade, ou da autolegislação da razão. Ela inclui o exercício da mediação social de vontades livres. Isso passa pelas instituições sociais. Neste sentido, a distinção entre moralidade e eticidade em muito contribui para a explicitação dos aspectos subjetivos e objetivos do exercício da liberdade. Ao explicitar o direito de moralidade, Hegel esclarece as condições da responsabilidade subjetiva, fundamentais na emissão de um juízo moral. Até aí vai Kant.

Ainda dentro do segundo capítulo da *Filosofia do Direito*, o direito de necessidade (*Notrecht*) é seguramente um dos componentes fundamentais do conteúdo da dignidade humana, até hoje. Hegel o desenvolve como um direito de moralidade, de forma que se tenha o direito de abrir uma exceção em caso de extrema necessidade. Ele visa a garantia de uma espécie de um "mínimo existencial", como forma de assegurar as condições mínimas de vida digna<sup>6</sup>. Embora reconheçamos a importância da autonomia para a dignidade, e isso devemos a Kant, temos de enfatizar que encontramos em Hegel outras dimensões do conteúdo da dignidade, notadamente com a distinção entre moralidade e eticidade e suas implicações para o reconhecimento recíproco. Com a eticidade Hegel evidencia o desdobramento objetivo da vontade livre nas instituições sociais, indispensável para se entender o âmbito da liberdade e, por conseguinte, o conteúdo da dignidade. Com a mediação social cai o apriorismo da moral kantiana e entra em cena o contexto e as circunstâncias.

Ainda no § 66 da *Filosofia do Direito*, ao tratar da "inalienabilidade" do que chama de "determinações substanciais", Hegel chama a atenção para exemplos que caracterizam a "alienação da personalidade" retomados por sistemas éticos posteriores. A escravidão, a incapacidade de ter propriedade e a falta de liberdade sobre ela são os casos referidos. Da mesma forma, direitos fundamentais decorrem desse "direito de inalienabilidade da personalidade", atualmente assegurados pelas principais constituições democráticas, como o direito à integridade física e psíquica, o direito de propriedade, o direito de liberdade de consciência religiosa, bem como o direito de liberdade de expressão, dentre outros. Todo esse parágrafo é rico no esclarecimento do conteúdo próprio da dignidade humana, sobretudo ao referir os elementos constitutivos dos direitos de personalidade, amplamente referidos e assegurados pelas constituições democráticas mais bem-sucedidas.

---

<sup>6</sup> Sobre o tema do mínimo existencial, ver Weber, Thadeu. *Ética e Filosofia do Direito*. Petrópolis: Vozes, 2013, capítulo VI, p. 205. O direito de necessidade é objeto de estudo específico e consta de um artigo publicado na Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça. Belo Horizonte: ano 12, nº 39, 2018, p. 299.

## 7.2 Hegel, mais além de Kant: uma concepção ético-política de Constituição

Com a fundamentação ética da Constituição, Hegel rompe com o contratualismo moderno e coloca as bases do comunitarismo. O Estado não é resultado de um contrato, tal como em Hobbes, Locke, Rousseau e Kant. Como ponto de partida temos uma concepção não-formal e não-normativa de Constituição (cf. BOBBIO, 1991, p. 91)

Isso significa que existe uma formação política anterior e independente de sua formalização como Constituição. Dessa forma, todas as formações políticas têm uma Constituição, embora possa não ser escrita (cf. BOBBIO, 1991, p. 97). A base dessa Constituição é o "espírito do povo", composto pelos valores, costumes, a cultura e a história de um povo, como também a identidade ética. Em vista disso, indagar sobre quem deve fazer a Constituição seria o mesmo que perguntar por quem deve fazer o espírito do povo. Ora, este já está sempre feito, embora possa sofrer alterações no transcurso do tempo. Isso significa que é um povo, enquanto "totalidade ética" e não um conjunto de indivíduos atomisticamente reunidos, que se deve reconhecer em sua Constituição enquanto categoria ético-política. Mais precisamente, indagar sobre quem deve fazer uma Constituição pressupõe que já não exista nenhuma Constituição. Ora, já sempre existe uma formação política, pois "fazer" significa, nesse caso, "somente modificar" (cf. HEGEL, 1986b, §273, p. 439).

Diferente de Hegel, Kant defende uma concepção normativa de Constituição, isto é, a que assegura os direitos e liberdades a cada um através da lei. Trata-se de um Estado de Direito, de uma declaração de direitos, ou de um Estado limitado pelo Direito. O que lhe dá legitimidade é o pacto. Para Hegel, o que dá legitimidade à Constituição de um Estado é a sua adequação ao "espírito do povo" e este ao "espírito do tempo".

Com a fundamentação ética da Constituição, Hegel quer insistir na importância da consciência política de um povo, suas relações, costumes e tradições. É isso que lhe dá estabilidade. Por isso, afirma: "A Constituição de um determinado povo depende do modo e da cultura de sua autoconsciência. Nela reside a sua liberdade subjetiva e, por consequência, a realidade da Constituição" (HEGEL,

1986b, § 274, p. 440). Não faz sentido, portanto, querer copiar uma Constituição de um outro povo. O “espírito” é outro.

Com essa fundamentação ética é perceptível que o Estado não é mais visto como um contrato social. Já nascemos num Estado e dentro de um determinado povo. Assumimos o ônus de tradições, costumes e leis, em parte, determinadas. Por isso, a Constituição “não é algo que meramente se faz: é trabalho de séculos, a ideia da consciência do racional, na medida em que se desenvolve num povo” (HEGEL, 1986b, § 274, p. 440). Essa é a parte não-normativa e não-formal dela. O povo, de alguma forma, deverá poder identificar-se e reconhecer-se na sua Constituição, para que ela tenha eficácia. Ela não pode ser simplesmente criada por determinados sujeitos. Os espanhóis, escreve Hegel, recusaram a Constituição que Napoleão lhes dera, pois para eles, era algo “estranho”. E continua dizendo que frente a sua Constituição, o povo deve ter o sentimento de que é seu direito e sua situação, caso contrário, pode existir exteriormente, mas não terá nenhum significado e valor. Evidencia, com isso, uma concepção ético-política de Constituição, longe do Contratualismo clássico.

Num primeiro momento, isso não poderia significar uma apologia ao nacionalismo? Certamente a concepção de Estado em Hegel indica a ideia de Estado/Nação. Mas, é preciso lembrar que acima ou além do espírito do povo está o “espírito do tempo”, capaz de forçar a mudança do espírito de um povo. No dizer de Bobbio, o espírito do tempo “precede e de algum modo força a mudança do espírito do povo”, sobretudo nos períodos de “aceleração histórica” (BOBBIO, 1991, p. 108). A violação dos direitos humanos, por parte de um povo, seguramente não passa pela aprovação do espírito do tempo, uma vez que esse indica uma espécie de “Tribunal da História”. Fundamenta-se em conquistas da história, já devidamente consolidadas. Isso quer dizer que uma boa Constituição, além de se identificar com o espírito do seu povo, é capaz de se adaptar gradualmente ao espírito do tempo. Esse tribunal a que o espírito do povo está sujeito é uma garantia de efetivação dos direitos humanos, também no nível internacional.

Mas será esse espírito do tempo capaz de evitar o nacionalismo?

O contexto histórico, hoje, é bem diferente do que era contemplado na primeira metade do século XX. As relações de interdependência comercial, cultural, industrial,



econômica e política exercem pesada influência recíproca. O espírito do tempo compreende princípios universalíssimos que motivam a celebração de acordos internacionais visando o respeito aos direitos humanos e à soberania nacional. Esse mesmo espírito é constituído pelas conquistas da história. Está, portanto, também, em constante transformação. Retrocessos? Muito possivelmente não estamos livres disso, mas certas conquistas não têm volta, tais como: o respeito aos direitos humanos e a participação política de todos os cidadãos nos assuntos do Estado. Com isso, aprendemos muito com as duas guerras mundiais, por exemplo. O respeito à dignidade e aos direitos humanos passaram a ser elementos constitucionais essenciais.

Assim, vinculado diretamente ao espírito do tempo, o espírito do povo, como fundamento da Constituição, representa uma nova base de legitimação e justificação das relações políticas. Em última instância, não é o pacto que legitima o Estado, mas a sua formação política e a sua identidade ética. Não há dúvida de que, para obedecê-la, um povo precisa reconhecer-se na sua Constituição, escrita ou não.

No que se refere, pois, à relação entre ética e direito, os dois autores divergem. Hegel estabelece uma estreita vinculação entre eles, sobretudo na *Filosofia do Direito*, quando trata do "conceito do direito" (a ideia da liberdade) e suas formas de realização. Dentro disso o Estado é a efetivação da substancialidade ética. Kant separa ética e direito, sobretudo na Doutrina do Direito, ao distinguir direito em sentido estrito e direito em sentido lato, e sustentar que o primeiro "não se mescla nada de ético" (*dem nichts Ethisches beigemischt ist*) (KANT, 1982, p. 339). Isso converge para a distinção, anteriormente feita, entre leis éticas e leis jurídicas e sua distinta base de motivação. O debate contemporâneo entre liberais e comunitaristas tem muito de suas origens nessa divergência entre Kant e Hegel.

Em termos de repercussão da filosofia política hegeliana podemos afirmar que, no contexto contemporâneo, a queda do Muro de Berlim e o fim da URSS são provas incontestáveis de que a história deu razão a Hegel e não a Marx. Se a esquerda hegeliana fracassou, será que com os últimos acontecimentos, tais como, a saída do Reino Unido da União Europeia e a própria eleição de Trump nos Estados Unidos não indicam um certo retorno à direita hegeliana? A ideia do Estado Nacional não estaria voltando? (Inglaterra para os ingleses, América para os americanos, e

talvez Brasil para os médicos brasileiros e não cubanos). A manutenção e o fortalecimento do espírito de um povo, sua identidade ética com suas origens, costumes e valores é o objetivo visado.

Ao que tudo indica, trata-se do espírito de um povo reencontrar-se na sua Constituição, enquanto ético-política e não só normativa, e pensá-la como adequada ao espírito do tempo. Este não haverá de permitir o nacionalismo, mas garantirá a unidade na diversidade, também nas relações internacionais. O espírito do tempo é constituído por princípios universalíssimos, endossáveis por todas as nações em garantir a realização de sua identidade ética. O grande desafio é, sem dúvida, encontrar formas adequadas de mediação entre o espírito de um povo e o espírito do tempo.

Essa é a grande contribuição de Hegel e sua relevância atual. As identidades éticas em suas diferenças estão asseguradas pelo contexto jurídico-político. Alguém poderia contra argumentar dizendo que o mundo globalizado não comporta mais a ideia de Estado-Nação e de que, portanto, a ideia da Federação de Estados kantiano seria a mais adequada. De qualquer sorte, Kant não endossa a ideia de um Estado Mundial, uma vez que não teríamos espaço suficiente para a diversidade. Por isso propõe uma Federação de Estados. Precisamos de organizações internacionais orientadas por princípios universalíssimos e endossáveis pelos povos, respeitada a sua diversidade. De Hegel, no entanto, aproveitamos a ideia do Estado estamental e de instituições fortes. Não se trata de um Estado de indivíduos particulares reunidos atomisticamente, mas de indivíduos ordenados em estamentos e corporações. Se isso nivelar-se no mesmo padrão da sociedade civil e do Estado, também tem reflexos para as relações internacionais organizadas por instituições fortes, nos dias de hoje. Isso assegura a unidade na diversidade e garante a estabilidade política. Os diferentes espíritos dos povos garantem a diversidade e o espírito do tempo resguarda a unidade. A ONU só será capaz de administrar os interesses e conflitos internacionais se for capaz de interpretar e orientar-se pelo "espírito do mundo", isto é, a partir de princípios universalíssimos acordados e endossáveis por todas as nações, e assim, torná-los efetivos. O respeito aos direitos humanos e a participação política estão entre eles.

### 7.3 Honneth e os méritos da reatualização da *Filosofia do Direito* de Hegel

A releitura de Honneth, sobretudo da *Filosofia do Direito* de Hegel, dá um novo impulso ao interesse pela filosofia política. Conseqüentemente, temas como eticidade, mediação social, liberdade e reconhecimento recíproco adquirem novo significado e de notável atualidade.

Honneth (2007) aposta todos os argumentos na figura da eticidade hegeliana com o intuito de encontrar aí um terceiro modelo de liberdade ou realização individual capaz de ir além dos dois modelos incompletos apresentados nas duas primeiras partes da *Filosofia do Direito* e encontradas principalmente em Kant: a liberdade negativa e a liberdade optativa<sup>7</sup>. Em ambos os casos padecemos ainda de um "sofrimento de indeterminação". Esse é o ponto central da crítica ao formalismo da moral kantiana. Tanto num caso como no outro, permanecemos na fundamentação subjetiva da vontade livre e não passamos ao parâmetro das relações intersubjetivas e do reconhecimento recíproco. Ao chamar atenção para a insuficiência da liberdade negativa e da liberdade como autonomia, Honneth quer destacar as condições que a eticidade hegeliana deve cumprir para poder se libertar do "sofrimento de indeterminação", provocado por esses modelos incompletos de liberdade. Além de ter de oferecer "possibilidades de realização individual" e de "interação intersubjetiva" deve propiciar formas de "reconhecimento recíproco", ou seja, a liberdade como mediação social completa essa tarefa e realiza os objetivos da *Filosofia do Direito*.

O "sofrimento de indeterminação", provocado por esses dois modelos incompletos, recebe da eticidade uma "libertação", tanto dos aspectos que restringem a liberdade (os "comportamentos patológicos", as "dependências veladas"), quanto do livre arbítrio ainda não mediados pelas instituições sociais. O indivíduo se liberta da "subjetividade indeterminada", que trata apenas das formas

---

<sup>7</sup> A liberdade negativa é entendida por Kant e por outros liberais como ausência de impedimentos; como autodeterminação individual capaz de excluir as inclinações ou determinações empíricas. A liberdade optativa refere-se à autodeterminação individual ou liberdade de escolha ou poder de tomar uma decisão. É uma espécie de causalidade por liberdade. É o poder de "representar o ato de autodeterminação incondicionalmente como uma escolha refletida entre inclinações ou impulsos da ação por sua vez indisponíveis". (Honneth, *Sufrimento de Indeterminação*, p. 58 e 59).

mais imediatas da determinação da vontade livre, para entrar na “liberdade substancial”. Esta se realiza na eticidade.

Honneth (2007) endossa o núcleo central da crítica hegeliana ao formalismo da moral de Kant. Trata-se da objeção contra a cegueira em face do contexto. O problema está na abstração “do fato de que sempre nos movemos em um ambiente social no qual aspectos e pontos de vista morais já se encontram institucionalizados” (HONNETH, 2007, p. 95). Kant, com isso, cairia numa indeterminação vazia. A razão descontextualizada teria que determinar a vontade, sem instâncias mediadoras. Ao reatualizar esse debate Kant/Hegel, quanto ao problema do contexto, Honneth explicita a base das controvérsias entre liberais e comunitaristas, que dominam os debates ético-políticos da segunda metade do século XX: os primeiros são indiferentes ao contexto, os segundos obcecados pelo contexto. Forst (2010), em *Contextos da Justiça*, faz um mapeamento completo da discussão sobre esse assunto nas últimas décadas e apresenta a democracia deliberativa como uma alternativa às controvérsias entre liberais e comunitaristas.

A reatualização de Honneth, em *Sufrimento de Indeterminação*, tem sua ênfase maior no contexto da eticidade, exatamente porque esta representa o estágio da “libertação” das “patologias sociais” e a realização da liberdade individual nas mediações das instituições sociais e do reconhecimento recíproco. Em outras palavras, Honneth mostra quais são as condições mínimas que a eticidade deve satisfazer para que o indivíduo possa desvencilhar-se do que a mesma chama de “sofrimento de indeterminação”, próprio dos modelos de liberdade que o antecederam.

A primeira condição refere-se à necessidade da eticidade colocar à disposição possibilidades acessíveis de realização individual, de autorrealização experienciável por cada indivíduo como forma de realização prática de sua liberdade. Na família, mas principalmente nas corporações da sociedade civil, o indivíduo entra para realizar seus interesses particulares. Dessa forma, a efetivação desses está diretamente ligada ao que o autor chama à condição da interação. Temos aqui, a segunda condição. A realização da liberdade individual, que se expressa nos mais variados interesses, requer a interação intersubjetiva. A família e as corporações são exemplos de efetivação, mas também de limitação das liberdades individuais.

Cumpra destacar que não existe liberdade sem mediação e reconhecimento recíproco. Eis a terceira condição.

Este é o papel da eticidade. Não se fala mais em liberdade natural, mas em liberdade mediada. Daí a importância da distinção entre livre arbítrio e liberdade. O livre arbítrio é expressão da vontade imediata e a liberdade é o livre arbítrio mediado e reconhecido. Essas mediações passam pelas instituições sociais. A eticidade é o nível da "segunda natureza". Sua função terapêutica consiste em oferecer as condições da libertação do "sofrimento de indeterminação", causado pelas formas imediatas de realização da vontade livre e que precisam de interação social, pois devem ser socialmente reconhecidas. As "ações intersubjetivas [...] exprimem formas determinadas de reconhecimento recíproco" (HONNETH, 2007, p. 109).

O grande mérito dessa ênfase honnethiana na eticidade é o destaque dado ao fortalecimento das instituições sociais. A família e as corporações, enquanto bases éticas do Estado, assumem um papel decisivo na realização, mas também na limitação das vontades livres. Além do mais, instituições fortes de mediação evitam o Estado totalitário. Com toda convicção, se o Estado vai mal, é porque a família e as corporações vão mal. As crianças não aprendem mais a mediar sua liberdade, ou seja, não sabem que a realização da liberdade também requer limitação. Ora, toda afirmação implica em negação. A eticidade é o espaço do reconhecimento recíproco e da intersubjetividade. O respeito às instituições confere objetividade e estabilidade aos princípios públicos de justiça, tais como o respeito aos direitos e liberdades fundamentais.

Digno de nota é o significado preciso de "reconhecimento" dado por Hegel na *Enciclopédia* e destacado por Honneth: o indivíduo é "digno" de reconhecimento quando "comporta-se para com os outros de uma maneira universalmente válida (*allgemeingültige Weise benimmt*), reconhecendo-os como ele mesmo quer valer – como livre, como pessoa" (HEGEL, 1986a, § 432, Zusatz, p. 222). A ênfase está na reciprocidade. Um comportamento digno baseia-se em princípios e valores universalizáveis e, portanto, mutuamente reconhecidos. Por isso, a insistência nas mediações da eticidade.

O mérito dessa reatualização está na ênfase do fortalecimento das instituições sociais como formas de mediação e realização da liberdade individual.

Isso começa com a família, passa pelas corporações da sociedade civil e se completa no Estado, na medida em que os indivíduos podem exercer uma atividade universal, como nomeou Hegel. Os direitos fundamentais se concretizam no reconhecimento recíproco. Por isso, a liberdade mediada pelas instituições sociais e fortalecida por estas constitui a base das democracias contemporâneas. Com a concepção política e pública de justiça, Rawls entendeu a crítica de Hegel a Kant. De uma concepção formal de justiça partimos para uma concepção substantiva de justiça. Porém, essa só se vê concretizada nas instituições sociais, enquanto instâncias mediadoras. É claro que estas não podem mais ser reduzidas aos três modelos propostos pela eticidade hegeliana: a família, as corporações e o Estado.

A leitura rawlsiana de Kant e Honnethiana de Hegel trazem notáveis contribuições para a relevância desses dois continentes do pensamento filosófico moderno.

### **Considerações finais**

Uma complementaridade entre Kant e Hegel pode ser facilmente estabelecida quando o assunto é a responsabilidade moral, ou melhor, a emissão de um juízo moral sobre a responsabilidade. Aspectos subjetivos e objetivos precisam ser distinguidos e considerados: propósitos e intenções, por um lado, meios, consequências e repercussões, por outro. Com a eticidade Hegel complementa Kant, na medida em que evidencia a necessidade de se avaliar o desdobramento objetivo da vontade livre nas instituições sociais. Não basta considerar a intenção do sujeito agente. É preciso levar em conta as repercussões e as consequências das ações humanas.

Autonomia e dignidade humana são temas que merecem dos dois filósofos alemães as mais convincentes formas de justificação e fundamentação. Impossível não recorrer a eles quando o assunto é a busca de princípios orientadores para as relações ético-políticas. O conteúdo da dignidade e da autonomia é expresso nas formulações do imperativo categórico, sobretudo a que trata do homem como fim em si mesmo e a que trata da autolegislação da razão. A *Filosofia do Direito* de Hegel amplia esse conteúdo com a explicitação da concretização da capacidade jurídica

da pessoa do direito, na forma de direitos e liberdades fundamentais, tais como: o direito de propriedade, o direito de necessidade, o direito de moralidade, entre outros. Todo esse conteúdo é amplamente reconhecido pelas Constituições democráticas contemporâneas.

Com a fundamentação ética da Constituição, Hegel se desvincula de uma longa tradição do contratualismo moderno. Tem o grande mérito de ser um contraponto ou uma alternativa ao formalismo da filosofia moral e jurídica kantiana. Considerar os valores, os costumes e a história como a base não-formal da Constituição de um povo confere normatividade aos contextos e legitimidade às instituições. A polêmica em torno de um possível nacionalismo é enfraquecida e esclarecida com a explicitação da relação entre espírito do povo e espírito do tempo. Ficou demonstrado que uma boa Constituição, fundamentada no espírito de um povo, é aquela que se adapta gradual e constantemente ao espírito do tempo. Identificar ou construir os princípios ético-políticos que deveriam orientar os acordos nacionais e internacionais é o grande desafio do nosso século.

Com Honneth, o tema do reconhecimento ganha nova interpretação e concede novo impulso ao interesse pela *Filosofia do Direito* de Hegel, notadamente, pela eticidade. Esta cumpre uma série de tarefas na libertação do "sofrimento de indeterminação" a que os modelos incompletos de liberdade estão sujeitos, fazendo do reconhecimento recíproco a condição de possibilidade da efetivação das liberdades individuais dentro das instituições sociais. Com as ideias de liberdade social, liberdade mediada e reconhecida, enfim, com a ideia de eticidade, Hegel efetivamente supera os modelos altamente dominantes na tradição da filosofia política, mormente em Kant. A liberdade negativa e a optativa (reflexiva) carecem da ideia de mediação e reconhecimento recíproco. Não existe liberdade em si ou indeterminada, mas mediada nas e pelas instituições sociais. A ideia de negação e limitação acompanha a ideia de concretização e determinação da vontade livre.

## Referências

APEL, K. O. *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona: Paidós, 1995.

BOBBIO, N. *Estudos sobre Hegel: direito, sociedade civil, Estado*. São Paulo: Brasiliense, 1991.

PATON, H.J. *The Categorical Imperative: a study in Kant's moral philosophy*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1971.

FORST, R. *Contextos da Justiça*. São Paulo: Boitempo editorial, 2010.

RAWLS, J. *História da Filosofia Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TUGENDHAT, E. *Lições sobre ética*. Petrópolis: Vozes, 1997.

KANT, I. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1974.

\_\_\_\_\_. *Die Metaphysik der Sitten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982.

HONNETH, A. *Sufrimento de indeterminação: reatualização da Filosofia do Direito de Hegel*. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

HEGEL, G.W. F. *Enzyklopädie der Philosophischen Wissenschaften III*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986a.

\_\_\_\_\_. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986b.

SARLET, Ingo. (org). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2002.

WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia do Direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis: Vozes, 2013.



## 8. HEGEL E RAWLS: UM DIÁLOGO POSSÍVEL<sup>1</sup>

### Introdução

O debate entre liberais e comunitaristas tem sido objeto de muitas controvérsias. O núcleo central da discussão gira em torno da primazia do justo em relação às concepções comunitárias do bem. Além disso, se na busca dos princípios de justiça, os primeiros consideram irrelevante o contexto, os segundos são obcecados por ele. Para estes o contexto da justiça deve ser o de uma comunidade, com seus valores e sua historicidade. O intuito, nesse artigo, não é propriamente entrar nesse debate, mas discutir dois autores que estão profundamente vinculados a ele, sobretudo na constituição de suas bases.

Se Hegel pode ser colocado nas bases do comunitarismo e Rawls um continuador da tradição liberal kantiana, como estabelecer um diálogo entre eles? Terá Rawls incorporado a crítica de Hegel à Kant? Embora Rawls seja conhecido pela herança kantiana, não é considerado sob o aspecto do quanto essa herança passou pela crítica de Hegel. O que chega a Rawls é um Kant interpretado e duramente criticado por Hegel, principalmente no que se refere ao assim chamado formalismo da moral. Ninguém mais do que Rawls entendeu essa crítica. Isso nos leva a investigar as reais possibilidades de um diálogo entre os referidos autores. Não há dúvida de que Rawls faz algumas concessões aos comunitaristas, sobretudo nas reformulações de sua teoria da justiça. A elaboração de uma lista de direitos fundamentais, baseada nas constituições democráticas mais bem-sucedidas e encontráveis na tradição da Filosofia Política, é uma prova disso. A busca dos princípios de justiça do Direito dos Povos, "tradicionais da história" e vigentes no Direito Internacional, é outro exemplo.

Originariamente, motivado pelo estudo do *Direito dos Povos* de Rawls, esse capítulo propõe-se a estabelecer um possível diálogo entre ele e Hegel, sobretudo no que se refere aos assuntos ligados às relações internacionais. Dessa forma, o

---

<sup>1</sup> Originalmente publicado em VERITAS, Porto Alegre, V. 67, nº 1, 2022, disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/43762/27790>  
Revisto para esta edição.

conceito de povo é objeto de uma análise comparativa, com vistas ao estabelecimento de elementos comuns. A busca de uma base histórica para os princípios de justiça do *Direito dos Povos* por Rawls, e para o “espírito de um povo” segundo Hegel, é uma tentativa de averiguar a influência da crítica de Hegel a Kant, nas reformulações da teoria da justiça como um todo, em Rawls. A ênfase nas instituições é outro elemento comum arrolado no presente estudo. O intuito é mostrar que uma teoria da justiça passa necessariamente por uma teoria das instituições, em ambos os autores. A ideia de estrutura básica da sociedade e a da eticidade mostram bem isso. O mesmo vale para as relações internacionais. Sem instituições sólidas não se administram os conflitos e nem se cumprem acordos. Por fim, uma análise do delicado e controvertido tema do direito à guerra procura investigar em que consiste propriamente esse direito. Quais são as convergências que existem nos citados autores no referente à conduta de guerra?

### 8.1 O conceito de povo

O que é povo? Multidão de indivíduos aleatoriamente reunidos? Implica em uma identidade de origens, costumes e tradições? Qual relação se pode estabelecer entre o “espírito do povo” (Hegel) e o conceito de povo (Rawls)?

Em Rawls, o conceito de povo nos reporta principalmente ao *Direito dos Povos*. De imediato precisa ficar estabelecido que a “Sociedade dos Povos” é uma extensão da concepção política de justiça do autor para as sociedades nacionais. São estas que constituem a sociedade dos povos em suas relações políticas. Mas por que direito dos povos e não direito dos Estados?<sup>2</sup> Algumas razões para essa escolha e definição nos interessam aqui.

É com a noção de povos liberais e povos decentes que o conceito de povo se esclarece. Ao apontar as características dos povos liberais, Rawls destaca o que Mill denominou de “afinidades comuns”, referindo-se a uma nacionalidade, bem como a uma “natureza moral” (RAWLS, 2004, p. 30). Apesar da enorme “mistura de grupos com culturas e memórias históricas diferentes”, Rawls insiste no argumento de que

---

<sup>2</sup> Sobre a justificativa de Rawls preferir direito dos povos e não direito dos Estados, ver *O Direito dos Povos*, p. 30.

“o Direito dos Povos parte da necessidade de afinidades comuns” (RAWLS, 2004, p. 32), algo que não se exige no Direito dos Estados. Que afinidades são essas? Como identificá-las? Pelas experiências históricas, culturas, etc.? Estaria o autor americano pensando em uma identidade ética, tal como Hegel? O fato é que Rawls prefere povos e não Estados exatamente por causa dessas afinidades. Isso o aproxima de Hegel.

Ora, “afinidades comuns” é uma expressão que cabe perfeitamente no conceito de “espírito do povo” de Hegel. As afinidades aqui se referem às origens, à história, à cultura dos povos. É na *Filosofia do Direito* e na *Filosofia da História* que esse conceito de povo é mais explicitamente tratado, ao responder à pergunta: “quem deve fazer a Constituição?” (HEGEL, 1986b, § 273). Essa pergunta, a rigor, para o filósofo alemão, não tem sentido, uma vez que pressupõe não existir nenhuma Constituição, mas somente uma multidão atomística de indivíduos reunidos. Se, por outro lado, a pergunta supõe uma Constituição já existente, então “o fazer significa tão somente modificar” (HEGEL, 1986b, § 273). A Constituição, ainda que tenha surgido no tempo, não é algo que propriamente é feita, uma vez que sempre está se fazendo de acordo com o espírito do povo. Portanto, em uma primeira aproximação, pode-se dizer que Hegel tem uma concepção “não normativa” e “não formal” de Constituição (BOBBIO, 1991, p. 96). Quem a faz é o espírito do povo, que está em constante transformação e evolução. “A Constituição de um determinado povo depende do modo e da cultura de sua autoconsciência” (HEGEL, 1986b, §274). Povo, dessa forma, implica em espírito comum, isto é, cultura, origens e grau de consciência de sua liberdade. Esse, inclusive, é o critério para a divisão da História. Poderíamos equiparar isso com as “afinidades comuns” destacadas por Rawls.

Quando Hegel diz que “cada povo tem a Constituição que lhe convém e lhe corresponde”, indica explicitamente a “totalidade ética” como base de sua sustentação (HEGEL, 1986b, §274). A concepção orgânica de Estado mostra que ele sempre é um povo e não um conjunto disperso de indivíduos. Bobbio, comentando Hegel, esclarece: “Um povo não é uma soma de indivíduos, mas uma totalidade orgânica caracterizada por um modo particular de viver e de pensar, por um sistema determinado de regras de conduta, a que Hegel justamente dá o nome de eticidade. O povo é uma ‘totalidade ética’” (BOBBIO, 1991, p. 71). Pode-se dizer que há uma

formação ética antes do Estado propriamente dito. Bobbio destaca que o Estado hegeliano “não é um estado de indivíduos”, mas um Estado estamental, isto é, um conjunto de indivíduos ordenados em estamentos (BOBBIO, 1991, p. 99). Cita uma sugestiva passagem da *Enciclopédia* de Hegel: “O agregado de indivíduos privados costuma muitas vezes ser chamado de povo, mas, considerando tal agregado como tal, tem-se *vulgus*, não *populus*; sob esse aspecto, o único escopo do Estado é que um povo não venha à existência, ao poder e à ação enquanto for agregado” (HEGEL, 1986a, § 544), mas, acrescenta Bobbio, precisamente, quando estiver articulado em estamentos, que são os “momentos orgânicos” da sociedade civil (BOBBIO, 1991, p. 99). Isso mostra bem a posição da Constituição e do Estado dentro das instituições da vida ética. Embora historicamente anterior à sociedade civil, na progressão da concretização da liberdade o Estado é posterior a ela.

Pelo exposto, fica claro que a Constituição, como “categoria ético-política” está diretamente vinculada ao espírito do povo. Isso mostra que para ser observada e respeitada deve refletir esse espírito. Comenta Bobbio: “Enquanto a garantia da existência de uma lei é, em última instância, a força do Estado (onde não há poder estatal não há direito positivo), a garantia da existência de uma Constituição reside unicamente, como diz Hegel num parágrafo da *Enciclopédia*, ‘no espírito de todo o povo’” (BOBBIO, 1991, p.105). Isso indica que, enquanto concepção não normativa, a “Constituição é o produto de uma criação contínua e informal” (BOBBIO, p. 105). Trata-se de uma veemente defesa do Estado Nacional e da ideia de um povo como totalidade ética. É exatamente nesta que reside uma das bases do comunitarismo.<sup>3</sup>

Quando Rawls se refere a povos e não a Estados pretende destacar as afinidades comuns de um povo, enquanto sociedade liberal ou decente. Hegel, obviamente, não é um contratualista. Sustenta uma fundamentação ética para a Constituição, tese da qual Rawls em parte se afasta, uma vez que defende uma concepção política de justiça, não fundamentada em doutrinas éticas abrangentes<sup>4</sup>. O conceito de povo, no *Direito dos Povos*, no entanto, guarda semelhanças com a ideia de espírito do povo, uma vez que Rawls endossa a ideia de Mill de que

---

<sup>3</sup> Rawls discorda dessa tese. Ele considera a *Filosofia do Direito* de Hegel um “liberalismo de liberdade” (RAWLS, 2005, p. 377). Aliás, situa sua teoria da justiça na mesma perspectiva.

<sup>4</sup> Esse assunto é retomado mais adiante, considerando que o conceito de ética em Rawls e Hegel é divergente, embora tenha elementos comuns.

nacionalidade implica em unidade por afinidades comuns. Ora, estas se referem à cultura, à história e às experiências comuns. Além do mais, os princípios de justiça do *Direito dos Povos* são buscados na História.

Se Hegel entende o espírito de um povo pela sua história, cultura e tradição, Rawls destaca que, para Mill, o aspecto mais forte de um povo é a sua "identidade de antecedentes políticos, a posse da história nacional e a conseqüente comunidade de recordações" (RAWLS, 2004, p. 31). Isso parece estar muito próximo da ideia de Estado-nação de Hegel. Aliás, A. Sen destaca esse aspecto e vê isso como uma limitação quando se pensa em uma concepção de justiça em "perspectivas globais". "A utilização do contrato social sob a forma rawlsiana inevitavelmente limita o envolvimento dos participantes na busca da justiça para os membros de uma dada comunidade política, ou 'povo' (como Rawls chamou tal coletividade, muito semelhante à de um Estado-nação na teoria política padrão)" (SEN, 2011, p. 101).

A vinculação da ideia de povo de uma determinada comunidade política com à de Estado-nação é notória. No entanto, ao apontar aquela limitação, Sen parece não considerar suficientemente o fato de o *Direito dos Povos* ser uma extensão da concepção política de justiça das sociedades nacionais. Todavia, ele tem razão ao destacar que as decisões internas das sociedades nacionais e de como funcionam suas instituições pode ter conseqüências enormes para a sociedade internacional. As ações terroristas podem ser citadas como exemplo (cf. SEN, 2011, p. 102). Contudo, a crítica de Sen a Rawls também poderia ser feita à ideia de espírito do povo de Hegel. Não se pode, no entanto, desconectar o espírito do povo do espírito do tempo. O que importa aqui é mostrar que a ideia de povo está fortemente vinculada à ideia de Estado-nação, tanto em Hegel quanto em Rawls.

Rawls reconhece que "as conquistas históricas e a imigração causaram a mistura de grupos com culturas e memórias históricas diferentes" (RAWLS, 2004, p. 32). No entanto, reitera que "o *Direito dos Povos* parte da necessidade de afinidades comuns" (p.32). Em vista disso, no *Direito dos Povos*, a primeira tarefa é elaborar os princípios de justiça para uma sociedade nacional. E, a partir disso, pode-se pensar numa extensão para a Sociedade dos Povos. Por isso, para participar da sociedade dos povos, as exigências de uma concepção política de justiça já estão dadas. O

respeito aos direitos humanos e a existência de uma estrutura hierárquica de consulta decente se impõe (cf. RAWLS, 2004, p. 92).

Se há uma vinculação estreita entre Sociedade dos Povos e Sociedades Nacionais (Rawls), o mesmo ocorre entre Espírito do Povo e Espírito do Tempo (Hegel). Este se caracteriza pelos princípios universalíssimos conquistados ao longo da história e que servem de juízo dos espíritos dos povos. Decorre da mediação dos espíritos dos Estados históricos a da criação de acordos e consensos. O respeito à dignidade humana é fortalecido e os direitos fundamentais são consolidados. Nesse sentido, uma boa Constituição de um povo é aquela que se adapta gradualmente ao espírito do tempo (BOBBIO, 1991, p. 108). Se o espírito do tempo provoca mudanças no espírito dos povos, e, portanto, em sua Constituição, os princípios de justiça do Direito dos Povos condicionam alterações nas sociedades nacionais. A lista dos direitos fundamentais pode ser resultado de práticas internacionais.

## 8.2 Os princípios da justiça

Os princípios de justiça constituem o núcleo central de uma teoria da justiça. A questão que se impõe é: quais são eles e como se fundamentam? Embora o Direito dos Povos de Rawls seja uma extensão da concepção política de justiça, os princípios de justiça não são os mesmos e a forma de chegar a eles exige uma segunda posição original, onde as partes serão representantes de povos. Para estes, a tradição histórica é uma fonte. Para Hegel, a ideia da liberdade, como princípio orientador e fundamentador das estruturas jurídicas e sociais, também busca seu conteúdo nas conquistas da História. A Revolução Francesa é uma prova disso.

Ocorre que os princípios da justiça para as sociedades nacionais são construídos numa situação equitativa chamada por Rawls de "posição original". O autor refere a existência de um "menu", uma lista de princípios oferecidos às partes para que cheguem a um acordo sobre alguns deles (RAWLS, 2003, p. 117). Esse *menu* é constituído por um conjunto de princípios ou concepções de justiça vigentes em nossa tradição da Filosofia Política. A posição original é o procedimento de seleção para isso. Nas reformulações dos princípios, Rawls parece fazer algumas concessões aos comunitaristas. Em *Uma Teoria da Justiça* e mesmo no *Liberalismo*

*Político*, fala em construção de princípios, ao passo que em *Justiça como equidade: uma reformulação*, fala em escolha ou "procedimento de seleção" dentro da tradição da Filosofia Política (RAWLS, 2003, p. 117). Ora, entre construção e procedimento de seleção parece haver uma significativa diferença. As partes têm a função de selecionar entre princípios já conhecidos ou devem elaborar (construir) princípios novos? De qualquer sorte, para fins de acordo, também o procedimento de seleção requer o véu da ignorância. Princípios podem ser selecionados ou elaborados a partir das concepções de justiça já conhecidas. Os interesses particulares não podem determinar essa escolha. "A posição original é um procedimento de seleção: opera a partir de uma família de concepções de justiça conhecidas e existentes em nossa tradição de filosofia política, ou elaboradas a partir dela" (RAWLS, 2003, p. 117). Existem, portanto, importantes conquistas históricas a serem consideradas.

Dessa forma, construídos e/ou selecionados, as partes chegariam a um acordo em torno dos seguintes princípios: 1. "Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais". 2. "As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: a) que sejam garantidas oportunidade iguais para todos; b) devem representar o maior benefício aos membros menos privilegiados da sociedade" (RAWLS, 2000, p. 48). Esses princípios haverão de orientar a Constituição das sociedades nacionais, ou seja, sua estrutura básica, mas também indicam o caminho para as relações entre os povos, uma vez que se trata de uma concepção liberal de justiça.

Ocorre que para a escolha dos princípios de justiça para o Direito dos Povos, há uma segunda posição original. O objetivo nesse momento é "estender uma concepção liberal ao Direito dos Povos" (RAWLS, 2004, p. 41). Agora as partes são representantes de povos e, diferentemente da primeira posição original, nessa ocasião são escolhidos oito princípios. Se nas sociedades nacionais, por exemplo, falamos em direitos fundamentais, na sociedade dos povos falamos em direitos humanos. O respeito a estes, portanto, constitui um princípio de justiça fundamental para o Direito dos Povos. Há, portanto, uma mútua imbricação entre direitos humanos e direitos fundamentais.

No entanto, se na primeira posição original falamos em construtivismo político e de um *menu*, na segunda posição esse menu não mais existe. Escreve Rawls: "Extraio esses princípios grandemente tradicionais da história e dos usos do Direito e da prática internacionais. As partes não recebem um menu de possibilidades e ideais a escolher como acontece no *Liberalismo Político* ou em *Uma Teoria da Justiça*" (RAWLS, 2004, p. 53). Não há, pois, uma construção de princípios, mas sim uma reflexão sobre "as vantagens desses princípios de igualdade entre os povos" (RAWLS, 2004, p. 53), encontráveis na História. Não há mais um menu de alternativas, pois o Direito dos Povos é uma extensão da concepção política de justiça das sociedades nacionais. Não existem mais alternativas fora disso. O respeito à liberdade e à independência dos povos, a igualdade perante os acordos que os obrigam, a sujeição do dever de não-intervenção, o direito de autodefesa e o respeito aos direitos humanos são princípios endossados pelos povos pelo fato de serem amplamente conhecidos e praticados na história. É daí que são extraídos (cf. RAWLS, 2004, p. 47).

Rawls está, obviamente, pressupondo uma harmonia entre os princípios liberais de justiça e os do Direito dos Povos, consagrados pela História. Trata-se de uma só concepção de justiça: uma concepção liberal. Isso confirma sua tese de que a lista dos direitos fundamentais, enunciados no primeiro princípio de justiça, tem fonte histórica, ou seja, são protegidos pelas constituições democráticas mais bem-sucedidas (RAWLS, 2003, p. 63). O Direito dos Povos não pode violá-los embora em sua regulamentação possam ser consideradas as peculiaridades de cada povo. São povos liberais e povos decentes que formarão a Sociedade dos Povos.

Ora, para Hegel, a ideia da liberdade, entendida como autodeterminação, é uma conquista da história. Seu conteúdo precisa ser buscado nas realizações e determinações da História. Experiências históricas foram decisivas para confirmá-la. A revolução francesa e a reforma protestante, entre outras, merecem ser destacadas. Se para Rawls os princípios de justiça para o Direito dos Povos são extraídos da história, também em Hegel o princípio orientador da *Filosofia do Direito* e da relação entre os povos é buscado na História, a tal ponto de ela ser a evolução do grau de consciência da liberdade e de sua realização (HEGEL, 1986c, p. 31). Para o autor, os orientais sabiam que *um* era livre, os gregos e romanos sabiam que *alguns*



eram livres e os germânicos sabiam que *todos* eram livres (HEGEL, 1986c, p. 31 e p. 67). De acordo com essa consciência concretizaram os princípios de justiça. Como os orientais não tinham consciência de sua liberdade não a efetivaram e mantiveram sua estrutura patriarcal.<sup>5</sup>

Se para Rawls os representantes dos Povos não veem nenhum motivo para abandonar aqueles princípios, também para Hegel os povos não têm como abandoná-los. As conquistas da História não têm volta. Não é possível retroceder nas suas grandes conquistas, sobretudo no referente à liberdade e a consolidação dos direitos humanos. A escravidão, por exemplo, foi superada por constantes avanços da História. Por isso que as Constituições dos povos devem se adaptar ao espírito do tempo, ou seja, o espírito do povo deve adaptar-se ao espírito de tempo. Este, hoje, exige participação política e respeito aos direitos humanos.

Na verdade, o próprio Rawls estabelece uma ligação entre os princípios de sua concepção política de justiça e os primeiros princípios hegelianos. Ao interpretar o liberalismo de Hegel como um exemplo de "liberalismo de liberdade", Rawls quer dizer que aqueles princípios "são princípios de liberdades políticas e cívicas, e tais princípios têm prioridade sobre outros princípios que possam também ser invocados" (RAWLS, 2005, p. 377).

### 8.3 As instituições

A teoria da justiça de Rawls distingue a aplicação dos princípios de justiça às instituições e a aplicação dos princípios do dever e das obrigações naturais aos indivíduos. Com o propósito de estabelecer uma relação com Hegel, importa tratar aqui a aplicação às instituições.

Já no início de *Uma Teoria da Justiça*, Rawls define seu foco: a justiça social. Deixa claro que seu objeto é a estrutura básica da sociedade, isto é, as instituições sociais mais importantes, entre as quais está a Constituição. A família, os mercados competitivos e as liberdades fundamentais, também são referidas. O autor conceitua

---

<sup>5</sup> Sobre o tema da consciência da liberdade e sua realização, ver WEBER, Thadeu. *Hegel: Liberdade, Estado e História*, p. 196; FLOREZ, Ramiro, *La Dialéctica de la Historia em Hegel*, segunda parte. Ver, também, HEGEL, *Lições sobre a Filosofia da História Universal*, cap. 2.

instituição como sendo um “sistema público de regras que define cargos e posições com seus direitos e deveres, poderes e imunidades, etc.” (RAWLS, 1997, p. 58). A insistência em uma concepção política de justiça é também amplamente defendida no *Liberalismo Político*, ficando claro que o seu intuito é a estrutura básica da sociedade, ou seja, suas principais instituições políticas e sociais. As reformulações dos princípios, a posição original e o equilíbrio reflexivo reiteram a necessidade da restrição a uma concepção política e pública de justiça para as instituições sociais. O fortalecimento destas representa o enfraquecimento do exercício do poder político arbitrário.

Ao tratar da aplicação do primeiro princípio, o tema da liberdade é amplamente desenvolvido. Isso é feito em estrita vinculação com as “limitações legais e constitucionais” (RAWLS, 1997, p. 219). Outros direitos e liberdades são discutidos, tal como a liberdade de consciência. Merece destaque, nessa aplicação, a justiça da Constituição. Os elementos de um “regime constitucional” são amplamente explicitados, bem como os limites da participação política. Não se trata de entrar nos detalhamentos desses elementos e limites, mas salientar que a concepção política de justiça rawlsiana envolve apenas os elementos constitucionais essenciais e não a vida como um todo. É um construtivismo político e não ético.

As instituições sociais ocupam a maior parte da *Filosofia do Direito* de Hegel e, segundo comentaristas, constituem a maior contribuição do autor no âmbito da Filosofia Política Moderna.<sup>6</sup> A crítica de dois modelos incompletos de liberdade, defendidos na modernidade, principalmente em Kant, a liberdade negativa e a liberdade optativa, tem como resposta a liberdade social, desenvolvida na terceira parte da *Filosofia do Direito*: a eticidade. Segundo Rawls, “Hegel pensava que o conceito de liberdade se realiza efetivamente no mundo social através de instituições políticas e sociais em um momento histórico particular (RAWLS, 2005, p. 377). A tarefa da eticidade é dar conta do reconhecimento recíproco como condição de realização dos direitos e liberdades individuais. É nas instâncias mediadoras que estes se concretizam. Segundo Honneth, “a Filosofia do Direito de Hegel representa

---

<sup>6</sup> A. Honneth é um dos autores que dá amplo destaque às discussões desenvolvidas na terceira parte da *Filosofia do Direito*: A Eticidade. O autor evidencia as tarefas que esta terá que cumprir para realizar a “libertação do sofrimento de indeterminação” (HONNETH, 2007, p. 106).

uma teoria normativa de justiça social" (HONNETH, 2007, p. 67).

As instituições sociais indicam a mediação social da liberdade, enquanto princípio orientador da *Filosofia do Direito* de Hegel. Não é possível concretizar a liberdade, com seus direitos fundamentais, fora das instituições. Assim, pois, como a teoria da justiça de Rawls, pode-se dizer que a Filosofia do Direito de Hegel, que também é uma teoria da justiça, é uma filosofia das instituições. A *Sittlichkeit* é o lugar do ético, isto é, "todo o conjunto das instituições políticas e sociais racionais (*vernünftig*) que tornam a liberdade possível: a família, a sociedade civil e o Estado" (RAWLS, 2005, p. 380). Em Hegel, essas são as três principais instituições da vida ética, exaustivamente salientadas na interpretação de Rawls.

Hegel entende, e seus comentaristas reiteram, a eticidade como "um sistema de instituições políticas e sociais" que concretizam a ideia da liberdade. Ela trata das determinações objetivas ou da mediação social da vontade livre e avança em relação à moralidade, uma vez que esta trata da fundamentação subjetiva da liberdade. Seu conteúdo são "as instituições e leis existentes em si e para si" (HEGEL, 1986b, § 144), como bem lembra Gimbernat, parafraseando Habermas: "Uma teoria da obrigação normativa deve culminar numa teoria das instituições" (1989, p. 606). A eticidade trata efetivamente do desdobramento e concretização da liberdade nas instituições sociais. Para Hegel, a liberdade só existe na mediação das vontades. Isso se dá nas instituições sociais, tais como a família, as corporações e a leis do Estado. Esse é o âmbito da "segunda natureza".<sup>7</sup>

A realização da liberdade, assim como a aplicação dos princípios de justiça, implica em reciprocidade e, pois, inclui limitações, ou como diz Höffe, comentando Hegel: "Seres livres que habitam o mesmo mundo limitam-se inevitavelmente em sua liberdade, fato no qual as instituições têm poder coercitivo" (HÖFFE, 1991, p. 307). Daí resulta o princípio fundamental da justiça política: "a coexistência da liberdade vantajosa distributivamente"; ou "limitação distributivamente vantajosa" (HÖFFE, 1991, p. 307). A liberdade inclui mediação e, dessa forma, implica em limitação. Afirmção, que requer escolhas, implica em negação. Não existe liberdade indeterminada. Existe liberdade nas determinações. Daí o valor das instituições. A

---

<sup>7</sup> Sobre o tema da eticidade e as instituições sociais em Hegel, ver WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia Política: Hegel e o formalismo kantiano*, capítulos 5 e 6.

Constituição, escrita ou não, é a mais importante do ponto de vista político. Por isso, a liberdade precisa ser exercida no âmbito das limitações institucionais.

Rawls endossa essa tese ao mostrar que discutirá a liberdade “em conexão com limitações legais e constitucionais. Nesses casos, a liberdade é uma certa estrutura de instituições, um certo sistema de normas públicas que definem direitos e deveres” (RAWLS, 1997, p. 219). Essa é a estrutura básica da sociedade. Em Hegel, esse papel é desempenhado pela eticidade. Honneth a descreve com muita propriedade: “a esfera da eticidade deve abranger uma série de ações intersubjetivas nas quais os sujeitos podem encontrar tanto a realização individual quanto o reconhecimento recíproco” (HONNETH, 2007, p. 110). É o domínio do político. É um erro pensar que na mediação da liberdade nas instituições sociais, os direitos fundamentais são enfraquecidos ou até mesmo eliminados na substancialidade do Estado. Na verdade, eles estão superados e conservados e são fortalecidos e reconhecidos nessas mediações.

Diante disso, a questão central mais uma vez se impõe: até que ponto pode-se estabelecer uma relação entre a fundamentação da Constituição rawlsiana e a de Hegel? A concepção ético-política de Constituição converge em algum aspecto com a concepção política de justiça de Rawls que deverá orientar uma Constituição?

Pela análise feita, uma analogia entre o domínio do político em Rawls e a eticidade hegeliana parece se impor, mas com as devidas distinções. Quando se fala em fundamentação ética da Constituição em Hegel entenda-se fundamentação moral, nos termos de Rawls. É claro que o domínio da eticidade é mais amplo do que o domínio do político de Rawls.

Os princípios de justiça que orientam a Constituição em Rawls certamente não se fundamentam em doutrinas éticas abrangentes, mas se restringem ao domínio político. Ocorre que a eticidade em Hegel não se restringe às doutrinas éticas, mas envolve todas as determinações objetivas da ideia da liberdade, inclusive e principalmente a Constituição do Estado. Nesse caso, inclui o político. Isso significa que a Constituição, ao se fundamentar no espírito do povo, envolve valores compartilháveis, portanto, públicos. Isso revela que o conceito de eticidade hegeliana não corresponde ao conceito de ética de Rawls, uma vez que aquele incorpora a concepção política de justiça.

A verdade é que Rawls não distingue claramente ética e moral. Diz que a concepção política de justiça não se fundamenta em doutrinas morais abrangentes (RAWLS, 2000, p. 55). No entanto, sustenta, também, que ela é “parte da moral”, no sentido de se referir às normas que articulam certos valores políticos (Rawls, 2000, p. 53). Poder-se-ia, então, dizer que a concepção política de justiça se fundamenta na moral, porém, não em doutrinas éticas, admitindo-se a distinção de R. Forst, em *Contextos da Justiça: o ético, o jurídico, o político e o moral* (FORST, 2010, p. 12). A justificação pública, através do argumento da reciprocidade e o da universalidade, é o critério de distinção do primeiro estágio em relação aos demais contextos normativos (cf. FORST, 2010, p. 52). Dessa forma, poder-se-ia dizer que há uma fundamentação moral da Constituição em Rawls, mas não ética. Segundo Forst “o sentido do termo ‘moral’, do qual Rawls se afasta, é no sentido ‘ético’ de uma concepção que está fundamentada em valores últimos e que se refere à vida boa” (FORST, 2010, p. 56). A eticidade em Hegel, todavia, inclui o domínio do político. Hegel juntou o que Kant separou.

Para Hegel, a moralidade trata da fundamentação subjetiva da liberdade e a eticidade do seu desdobramento objetivo, isto é, das instituições sociais. Nesse caso, o conceito de eticidade ou de vida ética de Hegel inclui a concepção política de justiça de Rawls. O Estado é um componente da vida ética. Ele é o garantidor dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos. Por isso, Rawls interpreta Hegel como um liberal, ou, mais precisamente, como um “liberal reformista moderadamente progressista” (RAWLS, 2005, p. 376). Diz encontrar no Estado “da maneira mais clara possível os elementos e propósitos do liberalismo de Hegel” (RAWLS, 2005, p. 400). Denomina esse liberalismo de “liberalismo de liberdade”, exatamente porque a liberdade deve ser entendida “como um sistema de instituições políticas e sociais que garante e torna possíveis as liberdades básicas dos cidadãos” (RAWLS, 2005, p. 404). Ora, a eticidade tem exatamente esse papel.

Essa interpretação mostra ser Hegel um defensor do Estado constitucional. Aliás, o próprio Rawls considera, por isso, *Uma Teoria da Justiça* como um “liberalismo de liberdade”. Com isso ele quer dizer, referindo-se a Hegel, que “seus princípios primeiros são princípios de liberdades políticas e cívicas e tais princípios têm prioridade sobre outros princípios que possam ser invocados” (RAWLS, 2005, p.

377). Isso, de fato, está expresso na *Filosofia do Direito* de Hegel quando afirma ser o Estado “a realidade efetiva da liberdade concreta que consiste em que a individualidade pessoal e seus interesses particulares tenham seu total desenvolvimento e o reconhecimento de seu direito (no sistema da família e da sociedade civil)” (HEGEL, 1986b, § 260). Os Direitos e as liberdades estão superados, conservados e guardados na substancialidade ética do Estado.

O que fica claro nos referidos autores é que a liberdade, a justiça e os direitos fundamentais, para a sua efetivação, incluem necessariamente a instituições sociais como instâncias mediadoras e garantidoras dos direitos dos cidadãos. Além do mais, não temos como fugir de certas prioridades. Os direitos fundamentais estão entre eles. É nisso que consiste o ser liberal.

#### 8.4 O direito de guerra

Todos os povos bem ordenados desejam viver num mundo em que os princípios de justiça do Direito dos Povos sejam aceitos e respeitados. No entanto, toda teoria da justiça tem uma parte não ideal que visa medidas de como lidar com povos que não aquiescem com o Direito dos Povos. Rawls prevê dois tipos: Os Estados fora da lei e as sociedades oneradas. Como os povos bem ordenados devem tratá-los? Essa questão nos reporta ao direito de guerra.

O Direito dos Povos atribui a todos os povos bem ordenados o direito à guerra em autodefesa. Para Rawls, “nenhum Estado tem direito à guerra na busca de interesses racionais, em contraste com interesses razoáveis” (RAWLS, 2004, p. 119).<sup>8</sup>

O objetivo da guerra em autodefesa de uma sociedade liberal e de povos decentes é “proteger e preservar as liberdades básicas de seus cidadãos e das suas instituições políticas constitucionalmente democráticas” (RAWLS, 2004, p. 120). Na verdade, Rawls defende o direito à guerra em autodefesa, não só para povos liberais e povos decentes, mas também para “absolutismos benevolentes”, uma vez que estes não são agressivos e respeitam os direitos humanos, embora não ofereçam aos seus cidadãos “um papel significativo nas decisões políticas” (RAWLS, 2004, p.

---

<sup>8</sup> Sobre os conceitos de racional e razoável, ver Rawls, *O Liberalismo Político*, p. 92.

121). Todavia, não se pode esquecer que, em caos de violações graves de direitos humanos, Rawls defende não só o direito de guerra em autodefesa, mas também o direito de intervenção (cf. RAWLS, 2004, p. 123).

Poderíamos encontrar, também em Hegel, a justificação do direito à guerra em autodefesa? Ou ele defenderia um direito de guerra com objetivos expansionistas?

A individualidade e independência constituem a “primeira liberdade e a honra mais elevada de um povo” (HEGEL, 1986b, § 322). Devem ser preservadas sob todos os aspectos. Para isso, a guerra é o último recurso. Mas ela não é uma mera contingência exterior. A guerra, às vezes, é condição para atingir a paz interna. “Com as guerras os povos não saem só fortalecidos, (...) mas conquistam a paz interna. A guerra traz insegurança à propriedade, mas esta insegurança real não é mais do que o movimento necessário” (HEGEL, 1986b, § 324, Zus). Nesse caso, a guerra é uma contingência necessária. Se a independência do Estado estiver em perigo, todos os cidadãos estão convocados para a sua defesa. É nesse sentido que “a guerra de autodefesa se transforma em guerra de conquista” (HEGEL, 1986b, § 326). O que é exatamente essa conquista e quais são seus limites, Hegel não deixa bem claro. Deriva-se de sua posição que o limite seja a garantia da independência e soberania. Na guerra de defesa, não há, portanto, objetivos expansionistas em jogo, também em Hegel. O próprio Rawls comenta Hegel destacando que “Hegel aceita a ideia cristã de que o Estado só deve ir à guerra em autodefesa” e “rejeita a guerra por conquista e glória” (RAWLS, 2005, p. 412). Os dois autores têm, portanto, aqui, um ponto em comum.

O que dá legitimidade às ações do Estado em relação à guerra é a exigência de reconhecimento, pelos outros estados, de sua independência soberana. Assim como os indivíduos não são efetivos sem os outros, também o Estado não tem efetividade sem a relação com os outros. Dessa forma, sua legitimidade em relação a sua situação interna se completa pelo reconhecimento dos outros Estados.

Se examinarmos as restrições na conduta de guerra, encontramos em Rawls algumas condições comuns as que Hegel sugere. Para Rawls: 1. O objetivo de uma guerra justa é a paz duradoura. 2. Os povos bem ordenados somente guerreiam com Estados não bem ordenados e não entre si. 3. Na conduta da guerra, três grupos precisam ser distinguidos pelos povos bem ordenados: “os líderes e funcionários do

Estado fora da lei, os seus soldados, e a sua população civil" (RAWLS, 2004, p. 124). Quem provocou e desejou a guerra nos Estados fora da lei foram os líderes e funcionários e não a população civil. Por isso, a população sempre deve ser preservada. Rawls, por exemplo, condena de forma veemente o bombardeio atômico de Hiroshima e Nagasaki, exatamente porque atingiu a população civil. O mesmo ocorre com os soldados dos "Estados fora da lei". Como, em geral, são forçados à guerra, não são responsáveis por ela. 4. Os povos bem ordenados devem respeitar os direitos humanos dos membros do outro lado, isso porque os inimigos têm os mesmos direitos humanos. Além do mais, os povos bem ordenados têm a oportunidade de ensinar os direitos humanos aos povos fora da lei. 5. Durante a guerra, os povos bem ordenados devem prever o tipo de paz que buscam. Isso revela, mais precisamente, os objetivos desses povos com a guerra. O "ensino do conteúdo dos direitos humanos" faz parte dos objetivos da conduta da guerra (RAWLS, 2004, p. 126).

Aliás, é nessa conduta da guerra que se revela a diferença entre o estadista e o político. Para os estadistas, como líderes desses povos, os princípios 4 e 5 são os mais importantes, pois indicam capacidade de liderança, sabedoria e coragem na representação dos povos. Uma frase indica bem essa diferença: "O político pensa na próxima eleição, o estadista na próxima geração" (RAWLS, 2004, p. 127).

Em Hegel, na conduta da guerra, o reconhecimento recíproco deve ser mantido (cf. HEGEL, 1986, § 338). Cada um dos Estados "vale para o outro como um existente em si e para si, de tal maneira que na guerra mesma a guerra se determina como algo que deve ser passageiro" (HEGEL, 1986b, § 338). Conserva-se na guerra uma determinação do Direito Internacional: a "possibilidade da paz". Isso implica que sejam "respeitados os embaixadores, e em geral que a guerra não se dirija contra a instituições internas, contra a pacífica vida privada e familiar, nem contra as pessoas privadas" (HEGEL, 1986b, § 338). Várias dessas exigências são encontradas em Rawls e hoje amplamente acordadas. Aliás, ele as comenta amplamente, e em boa medida as endossa (cf. RAWLS, 2005, p. 412). Com relação a justificação da guerra em legítima defesa da liberdade, Rawls não vê diferença entre Hegel e o liberalismo tradicional. Igualmente vê em Hegel um defensor da tolerância e da liberdade de



consciência. Enquanto defensor do direito de guerra em autodefesa, não ocorre conflito com o liberalismo, na avaliação do autor americano.<sup>9</sup>

Para ambos os autores fica claro que a relação entre os Estados é precária. Para usar uma expressão de Hegel, pode-se dizer que "a independência dos Estados está exposta à contingência" (HEGEL, 1986b, § 340). "Os espíritos dos povos" são muito limitados, tendo em vista sua particularidade e os interesses egoístas. Quem os julgará? Um tribunal penal internacional? Em Rawls, isso certamente caberia. Mas, e em Hegel? No final da *Filosofia do Direito* ele defende a ideia do "Tribunal universal". Em meio à dialética da finitude dos espíritos dos povos surge o "espírito universal", "o espírito do mundo", que exerce sobre os espíritos dos povos seu direito, elevado à condição de "tribunal universal". Isso significa dizer que o tribunal da História, entendido como espírito do mundo, julga os fatos históricos, sobretudo as grandes guerras. Em Rawls poderíamos pensar no tribunal penal internacional, tomando os princípios que o orientam, extraídos da própria história. De certa forma, o tribunal da história é a própria História. O problema é que o preço pago até que a história julgue pode ser muito alto.

### Considerações finais

Rawls indica ter entendido a crítica de Hegel a Kant. A defesa de princípios substanciais de justiça é uma prova disso. Embora equiparados às formulações do imperativo categórico, restringem-se ao domínio do político. Se Hegel, com a eticidade, avançou em relação à concepção de moralidade do autor da *Crítica a Razão Prática*, o filósofo americano detalhou o alcance da Constituição de um Estado democrático de Direito, terceiro componente da vida ética hegeliana.

A necessidade da concretização da ideia da liberdade nas instituições da eticidade, como instâncias mediadoras, encontra em Rawls ampla anuência quando da aplicação dos princípios de justiça às instituições políticas e sociais, sobretudo à Constituição. O fortalecimento das instituições é a grande bandeira da democracia. Esta não tem estabilidade sem a preservação da saúde daquelas. Se tomarmos a

---

<sup>9</sup> Rawls, ao mesmo tempo em que interpreta Hegel como um liberal, também o apresenta como crítico do liberalismo (cf. RAWLS, 2005, p. 419). Isso é assunto para outro estudo.

liberdade como o princípio fundamentador e orientador das estruturas jurídicas e sociais é preciso entender que ela se concretiza nas mediações dessas instituições sociais. Não se fala mais em liberdade natural e indeterminada, mas em liberdade mediada e reconhecida. Por isso que Hegel chama a eticidade de “segunda natureza”. Rawls, igualmente, vincula a liberdade a uma certa estrutura de instituições, isto é, a discute dentro dos limites legais e constitucionais.

A interpretação rawlsiana da Filosofia do Direito do pensador alemão nos reporta a um reexame do núcleo central do liberalismo político. O “liberalismo de liberdade” parece ampliar as pretensões de uma concepção política de justiça. A concepção ético-política de Constituição de Hegel desafia Rawls a buscar nas constituições democráticas historicamente mais bem-sucedidas inspiração para a elaboração de uma lista de direitos fundamentais. Ora, isso é decisivo para as pretensões da Sociedade dos Povos. O Direito dos Povos busca seus princípios na história, amplamente praticados pelo direito internacional. Trata-se de um Rawls menos kantiano e mais influenciado pela crítica de Hegel a Kant. Se o liberalismo político se caracteriza pela prioridade dos direitos fundamentais sobre as concepções comunitárias do bem, o Direito dos Povos amplia esse projeto liberal para a Sociedade dos Povos.

Um diálogo entre Hegel e Rawls também nos pode dar elementos para estabelecer um avanço com relação a controvérsia entre liberais e comunitaristas, inclusive apontando aspectos comuns. A democracia deliberativa certamente é uma dessas tentativas.

Foi dado destaque a um possível diálogo entre Hegel e Rawls, apontando elementos comuns, embora o primeiro possa ser colocado nas bases do comunitarismo e o segundo seja um liberal. Todavia, divergências existem. Hegel jamais endossaria a “posição original”, com seu “véu da ignorância”, de Rawls. Além do mais, Rawls é um contratualista. Para Hegel, o Estado não é um contrato social. Isso é assunto para um próximo estudo.

## Referências

BOBBIO, N. *Estudos sobre Hegel*. São Paulo: Brasiliense, 1991.

FORST, Rainer. *Contextos da Justiça*. São Paulo: Boitempo, 2010.

FLOREZ, Ramiro. *La Dialéctica de la Historia em Hegel*. Madrid: Gredos, 1983.

GIMBERNAT, J. A. *Las renovadas objeciones hegelianas a la moralidade kantiana*. IN: Kant despues de Kant. Madrid: Tecnos, 1989.

HEGEL, G.W.F. *Enzyklopädie der Philosophischen Wissenschaften*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986a.

\_\_\_\_\_. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986b.

\_\_\_\_\_. *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986c.

HÖFFE, O. *Justiça Política: Fundamentação de uma Filosofia Crítica do Direito e do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1991.

HONNETH, A. *Sufrimento de Indeterminação: reatualização da Filosofia do Direito de Hegel*. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

RAWLS, J. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.

\_\_\_\_\_. *História da Filosofia Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SEN, A. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

WEBER, Thadeu. *Hegel: Liberdade, Estado e História*. Petrópolis: Vozes, 1993.

\_\_\_\_\_. *Ética e Filosofia Política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

## 9. JUSTIÇA COMO EQUIDADE E O IMPERATIVO CATEGÓRICO KANTIANO<sup>1</sup>

### Introdução

O procedimentalismo na filosofia política ganha novo impulso com a publicação da obra *Uma Teoria da Justiça*, de J. Rawls. A conhecida questão "como podem ser justificadas as normas - e quais são elas?" está no centro dos debates sobre teorias da justiça e, particularmente, na justiça como equidade (FORST, 2010, p. 9). O procedimento adotado para a construção da concepção política de justiça é a "posição original". Trata-se de um procedimento justo porque situa as partes em uma posição de equidade e simetria, investidas pelo "véu da ignorância".

A herança kantiana e dos outros contratualistas modernos é notória. Rawls o reconhece já no começo de *Uma Teoria da Justiça*, quando afirma: "meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social como se lê, digamos, em Locke, Rousseau e Kant" (RAWLS, 1997, p. 12). Sua construção e justificação dos princípios de justiça indica uma retomada da concepção kantiana de autonomia.

O propósito desse capítulo é investigar em que consiste propriamente essa influência, sobretudo no que se refere ao procedimento do imperativo categórico e suas formulações. O que significa dizer que os princípios de justiça rawlsianos podem ser entendidos como imperativos categóricos? O que distingue o procedimento da posição original do procedimento do imperativo categórico? Como Rawls interpreta as formulações do imperativo categórico?

### 9.1 O procedimento do imperativo categórico e o procedimento da posição original

A distinção rawlsiana entre lei moral, como uma ideia da razão, o imperativo categórico e o procedimento do imperativo categórico é extremamente esclarecedora para a compreensão da filosofia moral kantiana e da própria explicitação da "posição original" do autor americano (cf. RAWLS, 2005, p. 192).

---

<sup>1</sup> Publicado na revista: <https://revistas.ufpi.br/index.php/pensando/article/view/8176>. Revisado para esta edição.

Indica que a construção das normas de ação moral mantém estreita semelhança com a construção dos princípios de justiça. Em ambos os casos, os procedimentos (o imperativo categórico e a posição original) são dados e não construídos e tem uma concepção de pessoa pressuposta: metafísica para um, política para outro.

O procedimento do imperativo categórico implica basicamente em um teste de universalização. A enumeração de uma sequência de quatro passos nesse procedimento indica exatamente isso. O primeiro passo refere-se à máxima do agente, princípio subjetivo de acordo com o qual o sujeito age. Supõe-se que seja racional, sincera e "subjetivamente válida" (RAWLS, 2005, p. 193). Considerando o exemplo da promessa enganosa, teríamos: "devo fazer uma promessa enganosa nas circunstâncias C" (ou seja, preciso de dinheiro e tenho consciência de que não poderei devolvê-lo). O segundo passo consiste no teste de universalização. Se a máxima da promessa enganosa passar pelo teste, torna-se lei. Nesse caso "todos devem fazer uma promessa enganosa nas circunstâncias C" (RAWLS, 2005, p. 196). Se "todos fazem uma promessa enganosa na circunstância C" (passo 3) e esta lei for associada às outras leis da natureza (passo 4) resulta que o "mundo social ajustado" fica inviabilizado (RAWLS, 2005, p. 196). A promessa enganosa não passa pelo teste de universalização. O referido exemplo é negativo; mas poderíamos citar casos de máximas que passam pelo teste de universalização e que, portanto, constituir-se-ão em leis e farão parte do "mundo social ajustado". É importante salientar que o procedimento do imperativo categórico é um critério de validação e justificação das normas de ação, assim como a posição original é um procedimento de construção e validação dos princípios de justiça.

Já no início da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant manifesta claramente seu objetivo na busca de um critério de justificação de normas de ação, quando se refere à "busca e fixação do princípio supremo de moralidade" (KANT, 1974, BA15). Trata-se de encontrar uma forma de validar máximas, submetendo-as ao teste da universalização. Mas este critério não pode ser buscado na experiência, pois daí só resulta o particular e o contingente. Além do mais, incorrer-se-ia na falácia naturalista. Do descritivo não pode resultar o normativo. Ora, a posição original se inspira exatamente nesse ponto de partida: define um procedimento que possa chegar a princípios universais sem depender de doutrinas previamente dadas.

O procedimento está diretamente implicado no véu da ignorância. É preciso “situar as partes de maneira igual e limitar sua informação pelo véu da ignorância” (RAWLS, 2000, p.68). Na posição original, o “razoável” se revela por um “conjunto de cerceamentos” aos quais as partes estão submetidos em suas deliberações (RAWLS, 2000, p. 69). É dentro disso que os princípios de justiça são construídos. Que os “parceiros” estejam situados simetricamente uns em relação aos outros é o que torna possível o acordo. Também o procedimento do imperativo categórico está sujeito a um certo “cerceamento” para que a autonomia da vontade seja assegurada. É o caso do condicionamento empírico, que deve ser afastado.

É oportuno destacar que o debate gira em torno de dois elementos fundamentais: o procedimento e o resultado. O objetivo visado é o resultado eticamente correto, as normas morais, no caso de Kant, e os princípios de justiça, no caso de Rawls. Mas o que torna um procedimento justo, capaz de resultar em princípios justos e em normas morais válidas? O imperativo categórico implica na autonomia dos sujeitos agentes e submete as máximas ao teste de universalização. O procedimento da posição original assegura a mesma autonomia: o véu da ignorância situa as partes em posição de equidade e simetria. O resultado da posição original, que é um procedimento de seleção, produz “os princípios de justiça apropriados para cidadãos livres e iguais” (RAWLS, 2005b, p. 72). O resultado do procedimento do imperativo categórico é o que Rawls chama de “imperativos categóricos particulares”, ou seja, máximas que passam pelo teste de universalização e se tornam leis. A posição original também abstrai de conteúdos contingentes, tal como o imperativo categórico. Só assim seu resultado (os princípios) é compartilhável.

Para Rawls, na seleção dos princípios, não existe um critério independente e dado previamente às partes. Estas “não reconhecem nenhuma opinião externa ao seu próprio ponto de vista” (RAWLS, 2005b, p. 73). Dessa forma, os princípios são construídos de forma autônoma. “O justo é resultado do procedimento” (RAWLS, 2005b, p. 73). Rawls considera a posição original como um caso “de justiça procedimental pura”. Seu resultado é a produção de princípios justos e adequados para cidadãos livres e iguais. Na justiça procedimental pura, as partes, “em suas deliberações racionais (...) não se veem obrigadas a aplicar nenhum princípio de

direito e justiça determinado previamente nem se consideram limitadas por ele” (RAWLS, 2005b, p. 73). Isso é autonomia. Em ambos os casos (Kant e Rawls) o procedimento é dado, mas o conteúdo é construído.

Fica claro que a distinção entre os dois autores está no conteúdo produzido pelos respectivos procedimentos: em Kant, o resultado refere-se aos princípios morais; em Rawls, aos princípios políticos. Para o primeiro, é o eticamente correto; para o segundo, o justo. Trata-se de um construtivismo moral e de um construtivismo político, respectivamente. Rawls diz estar fazendo uma “interpretação procedimental da concepção kantiana de autonomia e do imperativo categórico” (RAWLS, 1997, p. 281). Com isso, para Forst, o conceito kantiano de autonomia é “destranscendentalizado e procedimentalizado: vale como justificado universalmente aquilo sobre o que pessoas livres e iguais podem concordar em seu interesse mútuo e universal” (FORST, 2010, p. 216). A razão prática kantiana perde seu papel de ser “fonte de autoridade para normas morais” e passa a ser entendida “como capacidade de pessoas ‘razoáveis’ fornecerem boas razões para normas” (FORST, 2010, p. 106). Valoriza-se a capacidade argumentativa da razão, independentemente de seus condicionamentos empíricos, e não determinadora da razão. Esta perde seu papel de ditar as normas de ação.

O próprio Rawls destaca a autonomia e não a universalidade como contribuição decisiva da ética de Kant<sup>2</sup>. A concepção de pessoa pressuposta envolve certas condições: a dos homens como seres racionais livres e iguais. Sustenta, tal como Kant, que uma ação é autônoma quando os princípios são escolhidos pelas pessoas como “a expressão mais adequada possível de sua natureza de ser racional igual e livre” (RAWLS, 1997, p. 276). Significa dizer que as ações são orientadas por princípios que não dependem da posição social ou das habilidades naturais dos sujeitos agentes e nem importa a sociedade específica em que estes vivem. A autonomia requer a independência desse tipo de influências. Agir com base nessa motivação é heteronomia. A vontade é autônoma porque dá a si própria a lei. É a razão prática pura que determina imediatamente a vontade. Fica clara a distinção entre lei moral como ideia da razão e o imperativo categórico como sua aplicação.

---

<sup>2</sup> Além da *Fundamentação da metafísica dos Costumes*, também na *Crítica da Razão Prática*, no capítulo I, Teorema IV, a liberdade como autonomia é amplamente desenvolvida.

Com este construímos e/ou explicitamos o conteúdo da lei moral como ideia reguladora.

O véu da ignorância rawlsiano se aproxima do mesmo propósito. Afirma o autor: "o véu da ignorância priva as pessoas que ocupam a posição original do conhecimento que as capacitaria a escolher princípios heterônomos" (RAWLS, 1997, p. 276). O intuito fundamental é chegar a um acordo em torno dos princípios que deveriam orientar nossas instituições políticas e sociais. Mas para isso é preciso criar uma situação hipotética de simetria e equidade – a posição original – e pressupor uma determinada concepção de pessoa – a de seres racionais e razoáveis. As partes, como "pessoas artificiais", na condição de livres e iguais, selecionariam princípios justos que haveriam de se aplicar à "estrutura base da sociedade". Nas reformulações de sua teoria, no entanto, Rawls restringe o conteúdo de sua concepção de justiça ao nível do político. Somente valores políticos compartilháveis e independentes de doutrinas éticas abrangentes serão objeto de acordo. A situação de equidade e simetria criada pela posição original e pelo equilíbrio reflexivo, oportuniza um resultado justo. Ou seja, uma concepção de justiça é mais justificável do que outra pelo fato de pessoas racionais e razoáveis, sob o véu da ignorância, escolherem determinados princípios. Isso indica a importância que assumem a concepção normativa de pessoa e a ideia de sociedade bem ordenada no referido procedimento. Pessoas razoáveis e racionais desejarão viver numa sociedade orientada por princípios justos. Esse é o sentido de estar pressuposta a concepção normativa de pessoa.

É importante enfatizar que ambos os procedimentos, o do imperativo categórico e o da posição original, são dados e não construídos. O que é construído é o conteúdo: os princípios de justiça que constituem a concepção política de justiça e as normas de ação, ou o que Rawls chama de "imperativos categóricos particulares", que passaram pelo teste de universalização. A diferença está precisamente no conteúdo.



## 9.2 Os princípios da justiça de Rawls como imperativos categóricos

Embora diferencie claramente a autonomia moral da autonomia política, Rawls estabelece uma analogia entre o imperativo categórico e os princípios de justiça. Para ele, por imperativo categórico Kant "entende um princípio de conduta que se aplica a uma pessoa em virtude de sua natureza de ser racional livre e igual" (RAWLS, 1997, p. 277). Esse princípio vale independentemente de objetivos particulares. Se aplica a todos os seres racionais, independentemente de sua situação e interesses particulares. Ele é "categórico" e, por isso, incondicional.

A adoção dos princípios de justiça de Rawls também independe de as partes terem objetivos particulares, embora desejem "bens primários". Mas esses são compartilháveis e de justificação pública. É "racional" desejar esses bens. Seres racionais e razoáveis desejarão viver sob a vigência de certos princípios de justiça, assim como os "imperativos categóricos particulares". Isso ocorre a partir do momento em que se libertarem das determinações empíricas e se situarem numa posição de equidade. "Agir com base nos princípios de justiça é agir com base em imperativos categóricos, no sentido de que eles se aplicam a nós, quaisquer sejam nossos objetivos particulares" (RAWLS, 1997, p. 278). Sua validade é, pois, apriorística. Rawls, ao referir-se à autonomia, fala em "desinteresse mútuo". Os princípios de justiça são políticos e não dependem de doutrinas éticas abrangentes e nem de princípios de direito e de justiça determinados previamente (cf. RAWLS, 2005b, p. 73), e se aplicam a todos os cidadãos de uma determinada sociedade política. São princípios que orientam categoricamente uma determinada Constituição e valem para o sistema legislativo e judiciário. É claro que aqui há uma diferença quanto ao âmbito de abrangência. Os imperativos categóricos particulares valem para todos os seres racionais e se aplicam a tudo na vida; os princípios de justiça valem para uma determinada sociedade, ou seja, valem para a estrutura básica da sociedade e se aplicam apenas ao domínio do político.

A expressão "imperativos categóricos" no plural, tal como refere Rawls, soa, obviamente, estranha. O imperativo categórico é um só, embora com várias formulações. O autor americano, no entanto, quer mostrar que o resultado da aplicação do procedimento do imperativo categórico consiste em imperativos

categoricos particulares. Estes são resultado de um processo de construção – as normas de ação. Cada máxima universalizável constitui um imperativo categorico particular. É o conteúdo construído. O procedimento, no entanto, é um só.

Seria, então, o procedimento do imperativo categorico puramente formal? Na leitura de Rawls, não. Pois, ele tem “estrutura suficiente para especificar exigências sobre a deliberação moral, de modo que muitas máximas se mostrem propriamente adequadas ou inadequadas para se tornarem leis universais” (RAWLS, 2005a, p.188). O teste de universalização estabelece uma exigência de justificação moral. As normas de ação devem ser reconhecidas e compartilháveis. A deliberação moral deve passar por essa condição para validar certas máximas.

A analogia com os princípios de justiça é válida, na medida em que estes são o conteúdo construído do procedimento da posição original e que também valem universalmente para uma determinada sociedade. Os princípios de justiça se aplicam aos sujeitos agentes independentemente de seus interesses e objetivos pessoais. Nesse sentido, são categoricos e não hipotéticos. São incondicionais.

Se o valor moral de uma ação está na autonomia – independência de qualquer condicionamento empírico – também o valor político de um princípio de justiça está no fato de ser compartilhável por todos os seres racionais e razoáveis, independente de seus interesses pessoais. O que confere legitimidade a um princípio é o fato de ser endossável pelas doutrinas éticas abrangentes. Mas para isso não pode ele próprio ser uma doutrina abrangente.

O afastamento de quaisquer determinações empíricas na busca do princípio supremo de moralidade tem um objetivo claramente em comum com o véu da ignorância de Rawls: a autonomia racional. Somente o imperativo categorico e não o hipotético atende a esse objetivo. Igualmente o véu da ignorância, como artifício da razão, cria uma situação de equidade e liberdade para a escolha e/ou construção de princípios de justiça. É fundamental perceber que esses princípios resultantes da construção do procedimento da posição original, o que coloca as partes em situação de simetria e equidade, são racionalmente desejáveis, exatamente por serem resultado de um procedimento justo. Eles não têm como base doutrinas éticas abrangentes ou interesses particulares. Os “imperativos categoricos particulares”, que são os princípios de ação, também são desejáveis, pois abstraíram dos

interesses particulares e passaram pelo teste da universalização. Dessa forma, tanto os princípios quanto os imperativos valem, embora os primeiros se apliquem às instituições, portanto, são políticos; os segundos se aplicam às ações morais, portanto, são éticos. Para uma Constituição política, os princípios se impõem como imperativos categóricos porque são efetivamente justos e se aplicam a todos de forma incondicional.

### 9.3 A concepção kantiana de autonomia e a posição original

A concepção de autonomia na filosofia prática de Kant pode ser caracterizada como a função autolegisladora da razão. Isso fica claro na terceira formulação do imperativo categórico, qual seja: “age de tal maneira que a vontade pela sua máxima se possa considerar a si mesma, ao mesmo tempo, como legisladora universal” (KANT, 1974, BA76). Quando podemos querer que nossa máxima se converta em lei universal, estamos legislando para um “reino dos fins”; uma comunidade moral; uma espécie de “comunidade ideal de comunicação”, na interpretação de Apel (APEL, 1995, p. 163). Legislamos para um “mundo social ajustado” do qual fazemos parte, isto é, legislamos para nós próprios (RAWLS, 2005a, p. 194). A primeira formulação do imperativo categórico destaca a submissão à lei construída, a terceira a autoria. Submetemo-nos à lei da qual somos autores.

Rawls, ao explicitar a formulação kantiana da autonomia moral, mostra como “nossa ação legisladora, à medida que seguimos de maneira inteligente e conscienciosa os princípios da razão prática (...), constitui, ou constrói, a lei moral pública para um reino dos fins” (RAWLS, 2005a, p. 235). Quando podemos querer que nossa máxima seja uma lei universal, estamos legislando universalmente. Ao fazer isso temos que nos dar conta de que somos membros de uma comunidade moral – o reino dos fins. A autonomia enfatiza essa dimensão da autolegislação e da pertença a uma comunidade moral.

Tal como a posição original, Rawls entende essa nossa função legisladora para um reino dos fins (de Kant) como “puramente hipotética” (RAWLS, 2005a, p. 234). Devemos agir de tal modo que nossas máximas possam vir a ser autorizadas pela comunidade moral dos seres racionais. Escreve Rawls, interpretando Kant:

“cumpre que vejamos nossas máximas como máximas autorizadas por preceitos que poderiam servir como a lei moral publicamente reconhecida de uma tal comunidade” (RAWLS, 2005a, p. 235). A autonomia se caracteriza pela capacidade de construção de normas morais (ou imperativos categóricos particulares) sem que se tenha algum princípio dado previamente do qual pudesse haver alguma dedução. Nos submetemos às leis que construímos. Isso é autonomia. Afirma Rawls: “cumpre que todas as pessoas, enquanto fins em si mesmas, sejam capazes de ver a si próprias como feitoras da lei universal, com respeito a todas as leis a que possam estar legitimamente submetidas” (RAWLS, 2005a, p. 237). Ver-se como autor da lei universal é ver-se como participante da comunidade moral.

A pergunta que nós nos fazemos quanto ao procedimento da posição original poderia ser esta: que princípios acordaríamos se estivéssemos situados sob o véu da ignorância, isto é, equitativa e simetricamente? As vontades na sua função autolegisladora em Kant e as partes na posição original de Rawls não dependem de nenhuma vontade ou princípio dado previamente e nem de algum interesse particular. A questão é: quais normas morais eu gostaria que tivessem vigência no mundo moral ajustado do qual faço parte e quais princípios de justiça eu gostaria que orientassem as nossas principais instituições políticas e sociais? Trata-se de sujeição e autoria. O procedimento é praticamente o mesmo; o resultado é que muda: normas morais no primeiro caso e princípios de justiça no segundo. No primeiro, elas se aplicam a tudo na vida; no segundo, somente à estrutura básica da sociedade, mais especificamente, à Constituição política. O exercício da autonomia é que lhes dá legitimidade. O valor da vontade autônoma está no fato dela possibilitar que tomemos parte da produção dessas normas e princípios. É isso que leva Kant a afirmar que a autonomia é o fundamento da dignidade (KANT, 1974, BA80). Rawls comenta: “o fundamento da dignidade é a capacidade de fazer a lei universal e de agir segundo o princípio da autonomia” (RAWLS, 2005, p. 242). Uma importante questão, no entanto, se coloca: em não havendo essa capacidade ou no caso da impossibilidade de seu exercício, como atribuir dignidade? Referir a autonomia potencial satisfaz como resposta?<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Sobre o assunto ver Weber, Thadeu. *Ética e Filosofia do Direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis: VOZES, 2013, 1º capítulo.

No caso da posição original, a autonomia consiste no fato de as partes em suas deliberações racionais, não se considerarem "obrigadas a aplicar nenhum princípio de direito e justiça determinado previamente" (RAWLS, 2005, p. 73). É a justiça procedimental pura. É essa autonomia que dá legitimidade aos princípios de justiça. Estes são endossáveis por todos os cidadãos. Da mesma forma, o que determina o valor moral de uma ação não é a máxima, mas sua capacidade de universalização, isto é, ser endossável por todos os seres racionais. Ela é mutuamente reconhecível.

Rawls, no entanto, com a posição original, pretende ter resolvido um problema levantado por Sidgwick à propósito da ética kantiana. Somos livres apenas quando agimos a partir da lei moral?<sup>4</sup> Quando somos determinados pelos desejos ou "objetivos contingentes" não somos livres, pois nos submetemos às leis da natureza, diria Kant. Mas então a autonomia implica em ações de acordo com a lei moral e não contrárias a ela. Mas a pessoa não expressa também sua verdadeira identidade quando escolhe ações que contrariam a lei moral?

É claro que existem ações praticadas pelo "eu fenomenológico" que não expressam a escolha de um ser racional livre. O que Kant quer dizer, segundo Rawls, é que "uma pessoa implementa seu verdadeiro eu expressando-o em suas ações" quando escolher princípios que "manifestam sua natureza de ser racional igual e livre" (RAWLS, 1997, p. 280), mas "não mostrou que a ação pautada pela lei moral expressa nossa natureza de modo identificável, enquanto a ação baseada em princípios contrários não é expressa" (RAWLS, 1997, p. 280). Parece que só expressamos nossa verdadeira identidade quando agimos de acordo com a lei moral.

Se a escolha por agir de acordo com a lei moral expressa nossa natureza de seres racionais livres e iguais, bem como razoáveis, por que a escolha por ações contrárias à lei moral também não é expressão dessa mesma natureza? Na verdade, para Kant, somente somos livres para agir de acordo com a lei moral, pois essa ação é universalizável. Agir contrariamente a ela é, antes, uma incapacidade. Liberdade significa independência de determinações empíricas ou a independência da lei da

---

<sup>4</sup> A mesma questão é levantada e discutida por PATON, em *The Categorical Imperative*, p. 180.

causalidade. É o que Kant chama de liberdade transcendental. Somente, assim, é possível a espontaneidade e a autonomia.

Paton, em sua interpretação do tema da autonomia em Kant, afirma que “não podemos definir a liberdade simplesmente como a capacidade (possibilidade) de escolher agir a favor ou contra a lei” (PATON, 1971, p. 214). A possibilidade de agir contra a lei não é uma característica necessária da liberdade. Uma tal faculdade, para um ser racional é “ininteligível”, isto é, não é propriamente uma capacidade, mas antes uma incapacidade (cf. PATON, 1971, p. 214). Portanto, somos livres na medida em que somos capazes de obedecer a lei moral, uma vez que isso indica nossa racionalidade. A rigor, o princípio da autonomia não precisaria ter a forma de um imperativo categórico. Na interpretação do autor, o princípio da autonomia “expressa a essência da lei moral, isto é, ele é o princípio segundo o qual um agente racional como tal deveria necessariamente agir se tivesse pleno controle sobre a paixão” (PATON, 1971, p. 199). Ter controle sobre as paixões é uma capacidade, nem sempre exercida. Autonomia é agir de acordo com a lei que nós próprios nos estabelecemos. Uma ação injusta contraria nossa natureza de seres racionais iguais e livres. A consciência da lei moral produz um efeito sobre o sujeito agente: o respeito, um sentimento moral.

Com a posição original, Rawls pretende ter ido além da posição kantiana, sustentando “que as partes têm completa liberdade para escolher quaisquer princípios que desejarem”, mas considerando que são seres racionais livres e iguais, têm também o desejo de expressar essa racionalidade nas escolhas de suas ações. Portanto, a autonomia não exclui a possibilidade de escolhas não racionais e não razoáveis. A questão é: quais princípios seriam escolhidos por pessoas racionais iguais e livres? Embora possam escolher quaisquer princípios, as partes escolherão aqueles que gostariam de ver concretizados no mundo social ajustado ou na comunidade da qual fazem parte. Os cidadãos procuram defender uma concepção pública de justiça porque “ela está de acordo com suas convicções bem ponderadas, assim como com o tipo de pessoas que, depois de refletirem, eles gostariam de ser” (RAWLS, 2000, p. 134).

Deve-se enfatizar que a posição original, enquanto procedimento de seleção e construção, mantém uma concepção normativa de pessoa pressuposta. Esta não

é construída. As partes, investidas de um “véu da ignorância” selecionam/constroem princípios sem desconsiderar o “menu” que lhes é apresentado pela tradição da filosofia política, isto é, de princípios constantes em constituições democráticas historicamente bem-sucedidas (cf. RAWLS, 2002, p. 117). A posição original garante um procedimento justo, por se tratar de um procedimento equitativo e autônomo. Assim como agir de acordo com a lei moral expressa “nossa natureza de pessoas racionais iguais e livres” (RAWLS, 1997, p. 281), agir com base nos princípios de justiça também expressa essa mesma natureza.

Com a posição original Rawls pretende ter explicado porque agir de acordo com os princípios de justiça expressa “nossa natureza de pessoas racionais iguais e livres”. Recorre à psicologia moral para explicar porque pessoas que convivem em instituições justas desenvolvem um senso de justiça que os leva a agir de acordo com essas instituições (cf. RAWLS, 2005, p. 141). Isso as tornará estáveis. “Os cidadãos se dispõem voluntariamente a distribuir justiça entre si no decorrer do tempo” (RAWLS, 2005, p. 142). Em Kant, no entanto, não temos um apelo à psicologia moral.

Como se pode observar, o núcleo central da argumentação dos dois autores gira em torno do tema da autonomia. Rawls se inspira e se apropria de Kant para formular sua posição original. Ele mesmo afirma: “a posição original pode, então, ser vista como uma interpretação procedimental da concepção kantiana de autonomia, e do imperativo categórico, dentro da estrutura de uma teoria empírica” (RAWLS, 1997, p. 281). São dois procedimentos que visam um determinado resultado: a construção de princípios, do justo para um, morais para outro.

#### **9.4 O construtivismo moral kantiano na interpretação de Rawls**

Não se trata, aqui, de fazer uma exposição do construtivismo político de Rawls, mas mostrar como, na avaliação deste, o imperativo categórico representa um procedimento de construção de leis morais. No primeiro item desse texto, foram apresentadas algumas das que seriam, na opinião de Rawls, diferenças do procedimento dele e de Kant. Cabe ir um pouco adiante e investigar o que é, propriamente, construído. O teste de universalização acrescenta algo de novo à

máxima, como princípio subjetivo de ação? Teria Hegel razão ao criticar Kant de cair numa mera tautologia? Se Hegel tiver razão, não existe, propriamente, construtivismo na filosofia moral kantiana. Nada de novo seria dito na aplicação do imperativo categórico. Estaríamos diante de uma proposição analítica e não sintética a priori.

Não é esta, no entanto, a posição de Rawls. Pelo menos duas obras são importantes para um exame de sua leitura do construtivismo de Kant: *O Liberalismo Político e História da Filosofia Moral*. Esta discute as características do construtivismo kantiano, aquela estabelece diferenças fundamentais entre os dois (o construtivismo moral e o construtivismo político).<sup>5</sup>

Pode-se, efetivamente, falar em construtivismo moral na medida em que o imperativo categórico indica um procedimento de construção de normas de ação. De posse do procedimento, passamos ao teste de universalização. Se a máxima, enquanto princípio subjetivo da ação, passa pelo teste, então temos a lei, válida para toda a comunidade moral ou para o que Rawls chama de "mundo social ajustado". O que se está pressupondo como dado é o procedimento, mas não algum conteúdo moral previamente dado e independente dos sujeitos agentes. Não há "ordem moral anterior e independente" que determina o procedimento e que "especifica o conteúdo dos deveres de justiça e de virtude" (RAWLS, 2005, p. 272). Daí, então, poder se falar em autonomia, pois o conteúdo é construído. O sujeito agente é autor da lei a qual se submete. Na leitura de Rawls, o que caracteriza esse construtivismo de Kant é o fato de "os imperativos categóricos particulares" fornecerem "o conteúdo dos deveres de justiça e de virtude" (RAWLS, 2005, p. 272). Esses imperativos particulares são especificados por um procedimento de construção que é o imperativo categórico. Os imperativos categóricos particulares são, pois, o conteúdo moral construído, isto é, o resultado de um procedimento. O procedimento do imperativo categórico é uma proposição sintética prática a priori e não analítica.

A pergunta que, então, se impõe é esta: O que está pressuposto neste procedimento? Se no construtivismo político de Rawls está pressuposta uma concepção normativa de pessoa, em Kant essa concepção é metafísica. Mas qual é a importância dessa pressuposição? As pessoas como racionais e razoáveis são a

---

<sup>5</sup> Sobre este último assunto, ver Weber, Thadeu, *Ética e Filosofia do Direito*, cap. V.



base para a construção do conteúdo moral. Esta racionalidade e razoabilidade está “espelhada no procedimento”, para usar uma expressão de Rawls (RAWLS, 2005, p. 272). São necessárias certas habilidades e faculdades na aplicação do procedimento do imperativo categórico. Pessoas livres e iguais, como razoáveis e racionais, submeterão também máximas racionais ao teste da universalização. Em suas deliberações, na efetivação das “etapas do procedimento e sujeitos às suas restrições”, os sujeitos agentes expressarão sua racionalidade. Para Rawls, o que caracteriza a razoabilidade das pessoas é o fato de estarem dispostas para “propor e agir de acordo com os termos equitativos de cooperação social entre iguais” (RAWLS, 2005, p. 94).

Portanto, nem tudo é construído: nem o procedimento e nem a concepção de pessoa. Estes são simplesmente dados ou “apresentados”. O que efetivamente é construído, como dito, é o “conteúdo da doutrina” (RAWLS, 2005, p. 275), isto é, os imperativos categóricos particulares que passaram pelo procedimento do imperativo categórico. Mas esse procedimento tem uma base: pessoas livres e iguais como razoáveis e racionais. Somente estas podem ser membros legisladores de uma comunidade moral. Portanto, a autonomia está circunscrita aos seres racionais. Logo só estes têm dignidade.

Como já se mostrou, é fundamental a distinção rawlsiana entre lei moral como ideia da razão e o procedimento do imperativo categórico, feita a partir de Kant. A questão é explicitar o conteúdo da lei moral mostrando como se aplica aos sujeitos agentes. O construtivismo refere-se a esta aplicação, via procedimento. É claro que o conteúdo dessa lei nunca pode ser totalmente explicitado.

De fato, quando podemos querer que nossa máxima se torne lei universal, estamos legislando para uma comunidade moral, da qual fazemos parte. Estamos, pois, justificando e ampliando o conteúdo da lei moral para uma comunidade moral. Uma nova lei haverá de ajustar-se às já vigentes.

Na distinção entre o construtivismo moral kantiano e o construtivismo político de Rawls deve-se salientar o grau de sua abrangência. O problema é de justificação. Rawls considera o construtivismo de Kant uma doutrina moral abrangente, isto é, “tem um papel regulador para tudo na vida” (RAWLS, 2005, p. 99). O construtivismo político é mais restrito, ou seja, aplica-se somente à estrutura básica da sociedade.

Esta inclui as principais instituições sociais e políticas. A exigência fundamental é a de que haja uma "base pública de justificação", coisa que o construtivismo moral de Kant não tem como fornecer. Este envolve valores éticos pessoais não universalizáveis e, como tais, não são objeto de acordo. Na justiça como equidade interessam as questões de justiça política e é para estas que se precisa encontrar essa "base pública de justificação" (RAWLS, 2005, p. 100). Importante enfatizar que as doutrinas éticas abrangentes podem e devem endossar os princípios de justiça, pois lhes dão estabilidade e incluem direitos fundamentais que interessam àquelas doutrinas.

### **Considerações finais**

Será a interpretação rawlsiana do imperativo categórico ainda kantiana?

Uma leitura procedimentalista do imperativo categórico parece esclarecedora e procedente. No entanto, admitiria Kant a consideração das "circunstâncias C" de que fala Rawls, no teste da universalização? Com isso não cairia a validade apriorística do imperativo categórico? Por exemplo, o dever de dizer a verdade vale aprioristicamente ou pode ser evitado em determinadas circunstâncias? Admitiria Kant exceções? Admitiria a consideração das circunstâncias, da historicidade, da temporalidade e do contexto?

Estas são questões essenciais na avaliação do chamado formalismo da moral kantiana. Nos exemplos dados por ele na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, tais como o suicídio e a promessa enganosa, parece não haver espaço para isso. O autor, decididamente, não é "obcecado pelo contexto" (FORST, 2010, p. 11). As exceções são descartadas. No caso do suicídio, não há nenhuma máxima que possa ser universalizada. O mesmo ocorre com a promessa enganosa: não há nenhuma exceção que a justifique. São os chamados deveres perfeitos. No entanto, não poderiam ocorrer situações em que as exceções são admissíveis? A proteção da vida de um inocente justificaria uma mentira? Se recorrêssemos à primeira formulação do imperativo categórico, parece haver uma resposta positiva. Uma exceção universalizável não é mais uma exceção. É o caso da mentira para a proteção da vida de um inocente.

E as consequências? Não são decisivas para a emissão de um juízo moral? Mais uma vez Kant é incisivo: a consideração das consequências não pode determinar a ação, para que ela tenha mérito moral. Mas até que ponto influenciam? Dessa influência Kant certamente não discorda. O que determina a vontade é a forma da lei; não é a máxima do imperativo, mas a sua capacidade de transformar-se em lei, ou seja, o que determina a vontade é a forma da lei e não a consideração das consequências.

É, no entanto, da leitura construtivista da Filosofia Moral kantiana, feita por Rawls, que vem a contribuição mais esclarecedora. Certamente o conteúdo da doutrina moral kantiana é construído. Os imperativos categóricos particulares são as normas de ação, isto é, o resultado do teste de universalização ou, se preferirmos, o resultado do procedimento do imperativo categórico. Interessante observar que o procedimento é sempre o mesmo. Trata-se de uma fórmula que se aplica a qualquer conteúdo. Portanto, *todo* conteúdo é construído. Não é a lei moral, como fato da razão, que é construída, nem a sua aplicação na forma de imperativo categórico (procedimento), mas as leis que enunciam determinado conteúdo, resultantes do teste da universalização.

Em termos práticos, a leitura rawlsiana nos ensina como efetivamente podemos aplicar o imperativo categórico. Explicita qual é propriamente o conteúdo construído e como é construído. Essa interpretação procedimental do imperativo categórico põe em evidência o que é procedimento e o que é resultado, indicando o âmbito da autonomia da razão. Isso é decisivo para a compreensão do construtivismo político de Rawls.

## Referências

PATON, H. J. *The Categorical Imperative: a study in Kant's moral philosophy*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1971.

RAWLS, J. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005b.

\_\_\_\_\_. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *História da Filosofia Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005a.

FORST, Rainer. *Contextos da Justiça*. São Paulo: Boitempo, 2010.

KANT, I. *Kritik der praktischen Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1974.

\_\_\_\_\_. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1974.

APEL, K. O. *Teoría de la Verdad y ética del discurso*. Barcelona: Paidós, 1995.

WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia do Direito: Autonomia e Dignidade da pessoa humana*. Petrópolis: Vozes, 2013.

## 10. FUNDAMENTAÇÃO MORAL DO LIBERALISMO POLÍTICO DE RAWLS<sup>1</sup>

### Introdução

Quando o assunto é teorias da justiça, um dos temas fundamentais da Filosofia Política Contemporânea diz respeito à relação entre o justo e as ideias do bem. Acalorados debates são estabelecidos em torno dos princípios de justiça que deveriam orientar nossas principais instituições sociais, políticas e econômicas. Como fundamentar normas e quais são elas? O que lhes dá validade? Passou-se a época em que o apelo às leis naturais e à autoridade da razão era tido como a grande solução. A razão prática passou a ser entendida como capacidade de argumentação e justificação e não como fonte de autoridade para nossas normas. No que se refere à legitimidade e ao cumprimento das leis, a democracia vem acompanhada da autoria das mesmas. Submissão e autonomia são, pois, o núcleo do Estado de Direito.

Com a publicação de *Uma Teoria da Justiça* de J. Rawls e, sobretudo, com suas reformulações, o problema da fundamentação de princípios de justiça ganhou novas dimensões. A restrição ao domínio do político, visando um acordo, provocou complexas questões: há ou não uma fundamentação moral desse domínio? A justificação pública envolve também questões éticas ou se restringe às normas jurídicas e morais? Ocorre, efetivamente, uma prioridade do justo em relação ao bem ou há uma "congruência" entre eles?

Considerando que o autor americano discute profundamente esses problemas, mas não é muito claro em algumas soluções, o propósito desse capítulo é sustentar uma fundamentação moral da concepção política de justiça, mas sem apelo aos valores éticos. Explicitar o significado dessa fundamentação e o seu âmbito de abrangência é o desafio que se impõe.

---

<sup>1</sup> Originalmente publicado na revista: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2016v15n3p398>. Revisado para esta edição.

### 10.1 Um acordo semântico

O debate em torno da fundamentação moral da concepção de justiça como equidade, em Rawls, passa necessariamente por uma conceituação e explicitação do âmbito do ético, do jurídico, do político e do moral. Embora de origem etimológica comum, ética e moral são objeto de muita controvérsia, no que se refere ao seu grau de abrangência. Quando a discussão envolve o jurídico, novas questões são colocadas: afinal, existe ou não uma fundamentação moral do direito? É possível defender uma neutralidade ética do direito? Qual a diferença entre uma fundamentação ética e uma fundamentação moral?<sup>2</sup>

Kant, com sua Doutrina do Direito, primeira parte da obra *Metafísica dos Costumes*, pode ser considerado como importante ponto de partida para a resposta às questões colocadas. Nessa obra, a distinção entre moral e ética assume uma relevância indiscutível e a fundamentação moral do direito parece estar claramente configurada. É estabelecida uma diferença entre leis naturais, que dizem o que é, e leis da liberdade, que são chamadas leis morais. Estas referem-se à autolegislação da razão e dizem o que deve ser. Assim, quando o assunto são as leis da liberdade ou as leis morais estamos tratando do âmbito da legislação prática. O sugestivo para o tema em pauta é que para o referido autor as leis morais dividem-se em leis jurídicas e leis éticas. As leis jurídicas referem-se às ações “meramente externas” e à sua legitimação. As leis éticas têm como base de determinação das ações o respeito às leis. O que distingue esses dois tipos de legislação é, pois, sua diferente motivação. O referido autor diz claramente que as leis morais se chamam jurídicas, “na medida em que incidem apenas sob as ações meramente externas e sua legalidade”, e se chamam éticas, na medida em que sejam os “fundamentos de determinação das ações” (KANT, 1982, p. 318).<sup>3</sup>

Pelo exposto fica evidenciado que ocorre uma fundamentação moral do direito, embora não ética. Quando o autor se refere à distinção entre direito em sentido estrito e direito em sentido lato, no “apêndice à introdução da doutrina do

---

<sup>2</sup> Sobre a relação entre moral e Direito, ver Kelsen, H. *Teoria Pura do Direito*, principalmente, cap. II, p. 67.

<sup>3</sup> Sobre o tema, ver meu artigo “Direito e Justiça em Kant”, Revista RECHTD, Unisinos, 2013.

direito", essa tese é retomada com toda a força. Ao definir o primeiro (direito estrito) como sendo "aquele que não exige outros fundamentos de determinação do arbítrio a não ser os meramente externos", distingue-o da ética, ao afirmar que o direito estrito "é aquele em que não se mescla nada de ético" (*dem nichts Ethisches beigemischt ist*) (KANT, 1982, p. 339). Dessa forma, o que é comum às leis éticas e às leis jurídicas são as leis morais, enquanto leis da razão prática. O critério de justiça, portanto, não deve ser procurado no direito positivo, que diz apenas o que é lícito ou ilícito, mas nas leis da razão. Kant fala em "princípios metafísicos do direito". Portanto, o conceito de justiça tem base moral. Isso não significa que, ao discutir direitos clássicos como o direito de equidade e o direito de necessidade, Kant tenha aplicado de fato essa base teórica. Sustenta claramente que nesses casos os juízes devem ater-se ao direito estrito, isto é, às cláusulas contratuais, ou seja, o direito positivo.

Forst, em *Contextos da Justiça*, entra de cheio nesse debate ao examinar a controvérsia entre comunitaristas e liberais, no que se refere ao problema da justificação de normas. Sustenta ser necessário distinguir quatro conceitos de pessoa e de comunidade, tendo como correspondência quatro contextos da justiça: o ético, o jurídico, o político e o moral. O ético está relacionado à individualidade e sua identidade; envolve as distintas concepções de bem dos indivíduos. O jurídico é tomado como capa protetora da pessoa ética, enquanto pessoa do direito. O político está atrelado a uma comunidade política, onde as pessoas são autoras do direito. O político e o jurídico normalmente coincidem. O domínio do moral diz respeito às normas universalíssimas que afetam o homem na condição de ser humano. Vale para todos independentemente de suas convicções e interesses pessoais. Há que se destacar que os valores éticos não têm a pretensão de justificação universal. Esse é o caso das normas jurídicas e das normas morais, pois pretendem que sua validade seja fundamentada para todos, independentemente das concepções éticas. As normas jurídicas requerem a observância de todos os membros de determinada comunidade jurídica, pois são resultado de um processo legislativo. As normas morais têm validade universal no sentido de vincularem todos os seres humanos pelo fato de serem humanos. Os valores éticos só têm validade para aqueles que se

identificam com determinada comunidade ética, uma comunidade religiosa, por exemplo.

Considerando a distinção kantiana e o acordo semântico expresso nos diferentes contextos da justiça em Forst, pode-se sustentar que em Rawls há uma fundamentação moral da concepção política de justiça, mas não ética. A questão é: em que consiste propriamente esta fundamentação moral? Que a justiça como equidade deva ser entendida como concepção política de justiça é o objetivo central. A demonstração dessa tese passa pela explicitação da concepção de pessoa, sociedade bem ordenada e de justiça.

## 10.2 Concepção de pessoa e de sociedade

É sabido que Rawls defende uma concepção política de não metafísica de pessoa, tal como encontramos, por exemplo, em Kant. Quando se afirmar que esta concepção é um pressuposto moral há que se entendê-la como concepção normativa. Assim, "pessoa é alguém que pode ser cidadão" (RAWLS, 2005, p. 18). Isso significa dizer que o exercício da cidadania requer certas "qualidades morais" ou capacidades, pelo menos num grau mínimo necessário, para ser membro normal e plenamente cooperativo da sociedade. Ora, nem todas as pessoas desenvolvem essas capacidades e muitas vezes nem as têm em grau mínimo necessário para serem cidadãos plenos. Rawls mostra em *O Liberalismo Político* como essas variações devem ser tratadas (cf. RAWLS, 2005).

O que aqui está em jogo são certos pressupostos para viabilizar a construção de princípios de justiça. Das partes, na posição original, que tem esta incumbência, espera-se um acordo razoável. Ora, isso enseja certas qualidades morais. Estas dizem respeito à capacidade de ter e desenvolver senso de justiça e de ter e desenvolver uma "concepção do bem". É uma concepção normativa, uma vez que indica um dever ser e refere-se à concepção política de justiça. Estaria pressuposta uma determinada antropologia individualista, uma concepção atomista de pessoa, como suspeitam alguns críticos de Rawls, como Sandel?<sup>4</sup> A crítica de um "eu

---

<sup>4</sup> Sobre o tema da crítica de Sandel a Rawls, ver *O Liberalismo e os Limite da Justiça*, p. 243.



desvinculado" procede? (Cf. FORST, 2010, p. 17). Ela não ignora a distinção entre pessoa ética e pessoa do direito?

De qualquer sorte, a concepção de pessoa do autor americano não é metafísica, do tipo kantiano, mas moral. Não é uma concepção ética, mas política. Para estabelecer a posição original, o recurso à concepção política de pessoa se torna imprescindível. O estabelecimento de condições mínimas, enquanto qualidades morais, capacita as partes para o acordo em torno de princípios de justiça. Essas qualidades morais implicam na ideia de cidadãos como livres e iguais.

O que significa isso? Ser livre significa que podem "rever e mudar" sua concepção do bem, sem que isso signifique a perda da identidade política. Perante as normas jurídicas não haverá nenhuma alteração caso ocorra uma mudança na profissão religiosa ou mesmo a opção por não ter nenhuma religião. Os cidadãos também são livres na medida em que são fontes de "reivindicações válidas" com o intuito de "promover suas concepções do bem" (RAWLS, 2005). Além do mais, sua liberdade também está vinculada ao fato de que tem capacidade de "assumir a responsabilidade por seus objetivos" (RAWLS, 2005, p. 33). Ser iguais significa ter as qualidades morais em grau mínimo necessário para ser cidadão cooperativo.

Pelo visto, trata-se de uma concepção normativa de pessoa, na medida em que indica um *dever-ser*. São capacidades requeridas para possibilitar um acordo razoável das partes na posição original. Não se pode esquecer que o objetivo visado pelo liberalismo político é a busca de princípios de justiça que possam organizar a vida política. Isso impõe certas exigências às partes na construção desses princípios. Na medida em que se refere a um acordo razoável, o próprio consenso é uma "noção normativa". Larmore (1999) chama isso de "compromisso que forma um núcleo moral do pensamento liberal" e acrescenta que "ele incorpora o princípio do respeito pelas pessoas". Este, certamente tem conteúdo moral. Rawls não nega isso, diria apenas que o princípio do respeito é compartilhável por todos, atendendo, assim, o critério da justificação pública. Nesse caso é um valor político. Além do mais, as referidas capacidades são condições de possibilidade de os cidadãos serem membros cooperativos da sociedade. Por isso, eles devem tê-los em "grau mínimo necessário". E nisso são fundamentalmente iguais.

A ideia de sociedade bem ordenada é outro pressuposto da justiça como equidade, e significa três coisas: é uma sociedade na qual há uma concepção pública de justiça; os cidadãos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça; todos reconhecem que a estrutura básica dessa sociedade, isto é, suas principais instituições políticas e sociais estão em concordância com aqueles princípios; que os cidadãos têm senso de justiça e normalmente agem de acordo com essas instituições básicas da sociedade (cf. RAWLS, 2005, p. 35).

Rawls reconhece que esse é um “conceito extremamente idealizado” de sociedade. Insiste em que uma concepção de justiça precisa conseguir ordenar uma “democracia constitucional”. Mas isso não esconde uma determinada concepção do bem? Esta é uma indagação que os comunitaristas dirigem a Rawls. Para este, todavia, uma sociedade democrática, que se caracteriza por um pluralismo razoável, deve poder ter o endosso da concepção política de justiça por parte da diversidade de “doutrinas abrangentes e razoáveis” que o compõem, mas não pode tirar seu conteúdo delas. Um desafio se coloca: como contar com esse endosso, dadas as profundas controvérsias entre as doutrinas professadas pelos cidadãos? Haveria uma ideia de bem comum subjacente a elas? Se houver, terá de ser compartilhável por todos.

A alternativa é estabelecer uma limitação. A concepção de justiça a ser adotada por uma sociedade democrática deve limitar-se ao domínio do político (*the domain of the political*) (RAWLS, 2005). Os valores a serem considerados são os valores políticos e não os valores éticos.

Essas concepções de pessoa e de sociedade certamente são pressupostos morais, mas não éticos, da concepção de justiça, isto é, não dependem de determinadas doutrinas abrangentes que se referem à determinadas concepções do bem. A prioridade do justo sobre as concepções do bem se impõe. Se isso não fica muito claro em *Teoria*, onde Rawls fala inclusive em “congruência”, no *Liberalismo Político* essa tese da prioridade do justo é amplamente defendida. A crítica comunitarista suspeita, no entanto, que essas concepções de pessoa, direitos fundamentais e sociedade bem ordenada trazem implícita uma concepção do bem. Teríamos, então, uma base ética do político e não somente moral, tese rebatida por Rawls.

### 10.3. Uma concepção política de justiça

O que caracteriza propriamente uma concepção de justiça limitada ao domínio do político?

Fica claro em *Uma Teoria da Justiça* que Rawls está tratando da “justiça como equidade”. No entanto, o próprio autor reconhece que não ficou suficientemente claro que ela se restringe ao domínio do político. Em torno disso gira toda a argumentação desenvolvida em *O Liberalismo Político*. Todavia, nessa demonstração não fica suficientemente explicitado se há uma base moral de sustentação do político. Ou, o que significa, propriamente, a autossustentabilidade da concepção política de justiça?

Já no enunciado do primeiro princípio de justiça (que trata dos direitos e liberdade fundamentais) essa delimitação refere as “liberdades políticas”. Quando indica o objetivo da concepção política diz ser esta uma “concepção moral” (*moral conception*) (RAWLS, 2005). E em nota esclarece que com isso quer dizer “que seu conteúdo é dado por certos ideais, princípios e critérios; e que essas normas articulam certos valores, nesse caso, valores políticos” (RAWLS, 2005, p. 11). Entre eles podemos referir os “valores da justiça política”, tais como os da igual liberdade política e civil, os da igualdade de oportunidades, e os “valores da razão pública”, como os que se referem à “indagação livre e pública”. Como se pode observar, os valores éticos estão excluídos. Não porque não são válidos, mas por serem constitutivos de doutrinas abrangentes e pelo fato de que sobre eles dificilmente poderá haver acordo. Eles indicam determinadas concepções de bem. Ao dizer que a concepção de justiça é moral o autor está falando de um “tipo específico de objetivo”, isto é, elaborado “para instituições políticas, sociais e econômicas”, o que ele chama de “estrutura básica da sociedade”.

Mas por que os valores éticos não são contemplados? Porque se referem à “vida como um todo”, e nem tudo na vida entra na agenda política. A vida pessoal, os costumes, hábitos e convicções religiosas fazem parte da identidade ética das pessoas e suas associações, mas não dizem respeito à vida política. As instituições da estrutura básica da sociedade simplesmente não precisam se pronunciar sobre isso. Isso seria cair num individualismo. Os valores éticos devem ser escolhidos por

cada um de acordo com suas doutrinas abrangentes. Para terem validade moral deveriam poder ser justificados impessoalmente. Que o liberalismo deva tornar-se “uma doutrina estritamente política”, abandonando o individualismo, salienta Larmore, comentando Rawls, decorre da ideia de que “os princípios políticos básicos devem ser aceitáveis por aqueles os quais eles vinculam” (LARMORE, 1999, p. 605). Essa ideia é o que Rawls denomina de “princípio liberal da legitimidade” (RAWLS, 2005). Significa que os princípios de justiça estão legitimados pelo fato de serem objeto de um acordo razoável. Os “elementos constitucionais essenciais” são endossáveis pelos cidadãos na sua condição de livres e iguais. Mais especificamente, os direitos fundamentais que compõem a lista enunciada no primeiro princípio são justificados e fundamentados e não simplesmente dados.

Isso está estritamente ligado a uma segunda característica da concepção política de justiça: ela é uma “visão autossustentada”. Sua justificação não depende de doutrinas abrangentes, nem deriva delas, exatamente por serem visões abrangentes. O utilitarismo é dado como exemplo. O princípio da utilidade é aplicado a tudo, desde as relações pessoais até a organização da sociedade como um todo, inclusive ao direito internacional. Como organizar uma sociedade e suas instituições políticas a partir desse princípio? Não cairíamos num total relativismo? A justiça como equidade, mais restrita, é objeto de um acordo razoável e conta com o endosso das doutrinas abrangentes razoáveis. É isso que lhe dá sustentabilidade. Ser estritamente político viabiliza o acordo e, por consequência, a submissão. Isso é autonomia. Organizar a vida política com princípios de justiça “é o compromisso que forma o núcleo moral do pensamento liberal” (LARMORE, 1999, p. 602).

No entanto, ser uma concepção de justiça autossustentável, conforme quer o liberalismo político, encontra em Larmore (1999) uma oportuna observação. Para ele o liberalismo político de Rawls só faz sentido à luz de um princípio moral mais fundamental: o princípio do igual respeito pelas pessoas. O princípio liberal da legitimidade, acima referido, não pode ter “o mesmo *status* dos dois princípios de justiça; e como ele expressa, com efeito, a ideia do respeito pelas pessoas, Rawls, afinal, aparentemente concordaria que esta ideia deve ter uma autoridade moral para os cidadãos que é independente de sua vontade política” (LARMORE, 1999, p. 610). Com essa observação fica mais clara a distinção entre o domínio do político e do

moral, obscura em Rawls. Os princípios de justiça e seu acordo constituem o político. O princípio do igual respeito pelas pessoas forma o âmbito do moral, uma vez que está na base do político. A ideia do respeito desempenha papel fundante em diversos sentidos, afirma Larmore. "Ele forma a base para acreditar que os princípios políticos deveriam ser objeto de acordo razoável" (LARMORE, 1999, p. 610). Mas também serve para definir a verdadeira natureza do acordo a ser buscado. Portanto, para Larmore a concepção política de justiça de Rawls tem um fundamento moral não devidamente explicitado, o já citado "igual respeito pelas pessoas". É por causa dessa não explicitação que Larmore considera a ideia da concepção política autossustentável de Rawls "ambígua". Diz que algumas vezes ele sugere e outras vezes nega que sua doutrina política repousa sobre a base do princípio moral do igual respeito (cf. LARMORE, 1999). No nosso acordo semântico inicial, o campo do moral é hierarquicamente mais fundamental do que o do político, o que estaria de acordo com a posição de Larmore. Rawls, por sua vez, parece colocar ambos no mesmo nível.

A terceira característica de uma concepção política de justiça é a de que "seu conteúdo é expresso por meio de certas ideias fundamentais, vistas como implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática" (RAWLS, 2005, p. 13). O que compõe essa cultura pública são as "instituições políticas de um regime constitucional", as "tradições públicas" e os documentos que são do conhecimento de todos. As doutrinas religiosas, filosóficas e éticas são partes da cultura do social, não do político. É a "cultura de fundo" da sociedade civil; da vida cotidiana. Fazem parte as igrejas, os clubes e as mais diversas associações. A diversidade e as controvérsias são tantas que não seria possível e nem necessário um acordo entre elas. Não dizem respeito à estrutura básica da sociedade. De acordo com o nosso acordo semântico, pode-se dizer, então, que essas doutrinas compõem o domínio do ético e não do político. Não são, pois, elementos constitucionais essenciais. Pode-se perceber, mais uma vez, que a restrição ao domínio do político tem um objetivo bem específico: viabilizar um acordo razoável sobre princípios que deveriam orientar nossas principais instituições sociais e políticas. Esse acordo, por ser celebrado entre as partes sujeitas a ele, tem legitimidade.

Nas reformulações efetuadas por Rawls com a publicação de *O liberalismo Político* é constantemente reiterado que uma “doutrina moral abrangente” se aplica a todos os temas e valores das pessoas e que a justiça como equidade “se restringe ao político, que é apenas uma parte do domínio da moral” (RAWLS, 2001). Mas qual é exatamente essa base moral? Para Larmore, é o princípio do igual respeito pelas pessoas. Nesse caso, é oportuna a observação de Forst no sentido de que a linguagem de Rawls é, por vezes, “enganadora”: o termo moral do qual ele se afasta quando diz que a justiça como equidade não é uma doutrina moral abrangente é no sentido do “ético” (FORST, 2010).

Dessa forma, se o político é um campo da moral, está explícito que os valores políticos são também morais ou tem base moral, mas não ética. Nesse caso, é oportuna a observação de Larmore no sentido de mostrar que esta base moral do liberalismo de Rawls é o igual respeito pelas pessoas. Este seria o valor fundamental. Para o autor, como dissemos, esse igual respeito deve ter uma autoridade moral para os cidadãos que independe de sua vontade política (cf. LARMORE, 1999). Mas isso parece estar implícito na formulação dos princípios de justiça do autor americano, sobretudo quando se refere aos valores do político, que os constituem, tais como “a igual liberdade política e civil, a igualdade equitativa de oportunidade; os valores da reciprocidade econômica; as bases sociais do respeito mútuo entre os cidadãos” (RAWLS, 2005, p. 139). Podemos, certamente, considerá-los como valores universalíssimos, isto é, como valores morais ou como um “campo da moral”, para usar a expressão de Rawls, mas que não se confundem com os valores éticos. O respeito igual pelas pessoas, reivindicado por Larmore, parece estar expresso nos valores morais referidos. A legitimidade dos valores políticos está no fato de constituírem os próprios princípios de justiça, objeto de um acordo. O cidadão goza de autonomia na medida em que endossa os princípios e valores acordados pelas partes na posição original. Os princípios são aceitáveis por aqueles que os obrigam. A autonomia é a base da normatividade.

A “justiça como equidade” tem um objetivo bem definido: construir uma teoria da justiça tendo em vista um acordo em torno dos “elementos constitucionais essenciais” e não sobre valores éticos. O que está em jogo é a “estrutura básica da sociedade” e não todas as suas formas de organização e situações de vida. Quando,

pois, Rawls diz se afastar das “doutrinas morais abrangentes”, entendam-se doutrinas éticas abrangentes. É fundamental perceber que a restrição ao domínio do político visa possibilitar um acordo entre as partes vinculadas. Esta aceitação dos princípios é a base da legitimidade. E na base desse acordo ou dessa aceitação podemos colocar o princípio do respeito igual pelas pessoas, o que não deixa de ser um valor político. É isso que nos motiva a construir princípios de justiça para organizar nossa vida política, e isso dentro de um acordo razoável. Assim como está pressuposta a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos na formulação do primeiro princípio de justiça (o mínimo existencial), também está pressuposto o respeito igual pelas pessoas. Podemos considerar esse princípio como motivador (moral) de um acordo. É válida a observação de Larmore no sentido de explicitar o que efetivamente não está tão claro em Rawls, a base moral de sua teoria.

O que Larmore, efetivamente, está dizendo é que em Rawls o político e o moral se confundem, e o que precisa ser mostrado é que o moral é a base do político, ou que os princípios políticos de justiça têm como base um princípio moral mais fundamental: o respeito igual pelas pessoas. Ora, esse princípio está em Rawls, na forma de um valor político, que é um campo da moral.

Quando Rawls se refere à extensão de sua concepção de justiça acaba reconhecendo que o “consenso constitucional puramente político” é muito restrito. Admite ser necessária uma legislação fundamental que garanta a liberdade de consciência e de pensamento que vá além de sua dimensão política. Observa igualmente serem requeridas “medidas que assegurem que as necessidades básicas de todos os cidadãos sejam satisfeitas, de modo que todos possam participar da vida política e social” (RAWLS, 2005, p. 166). Ocorre, aqui, uma clara referência ao mínimo existencial, que requer tratamento igual para todos no atendimento de suas condições básicas de vida digna. Isto é condição de possibilidade da realização dos direitos fundamentais listados no primeiro princípio. E acrescenta: “abaixo de certo nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais” (RAWLS, 2005, p. 166). Essa é, certamente, a base moral pressuposta na formulação do primeiro princípio de justiça. Ao referir-se a esse “mínimo social” o autor americano fala, inclusive, em “princípio lexicamente anterior”,

pressuposto na aplicação do primeiro princípio de justiça (RAWLS, 2005). O mínimo existencial, expresso na citação acima, é uma explicitação do conteúdo da dignidade humana e, dessa forma, da concepção política de pessoa. Trata-se, pois, de um elemento constitucional essencial. Seria isto um retorno a Kant? Colocar a dignidade humana como valor fundamental pode ser uma solução kantiana, mas a concepção de dignidade não é kantiana. A concepção de pessoa e dignidade de Kant é metafísica, base de sua doutrina ética abrangente. A de Rawls é política e não ética e, dessa forma, de justificação pública.

Mas como distinguir o nível ético do domínio do político? O critério a ser adotado é o da justificação pública. Os valores éticos não são passíveis desse tipo de justificação ou pelo menos não se exige que o sejam. Se alguma concepção do bem se enquadrar nesse critério, será tida como valor político. Somente uma concepção política de justiça pode ser endossada pelos cidadãos e servir de base à razão e à justificação pública (RAWLS, 2005). Forst busca em T. Nagel uma explicitação do critério de justificação pública através dos conceitos de reciprocidade e universalidade e discute os princípios de justiça rawlsianos na base desse critério. Pelo argumento da reciprocidade “é imoral forçar alguém a compartilhar um fim sobre o qual não está convencido, mesmo quando a pessoa que exerce a coerção esteja convencida de que isso seria vantajoso para o outro” (FORST, 2010, p. 52). Forst chama esse de argumento kantiano. O argumento da universalidade “pretende mostrar que é ilegítimo recorrer à verdade de uma concepção ética para justificar a coerção jurídica” (FORST, 2010, p. 53). Este seria um argumento epistemológico. Assim, pois, qualquer doutrina que tiver a pretensão de validade política e moral terá que atender ao critério da reciprocidade e universalidade, ou seja, o da justificação pública. Ora, os princípios de justiça rawlsianos, com o intuito de atender esses critérios, foram restringidos ao domínio do político, com base moral.

#### **10.4 Autonomia política e não ética**

Depois de deixar claro que a autonomia racional, artificial e não política, diz respeito às partes na posição original e que a autonomia política plena se refere aos



cidadãos que aceitam os princípios de justiça e agem de acordo com eles, diz ser essa um valor político e não um "valor ético" (*ethical value*) (cf. RAWLS, 2005, p. 77). O significado dessa distinção é fundamental para a explicitação da fundamentação moral da concepção de justiça rawlsiana. Ao sustentar que a autonomia plena é um valor político e não ético, o autor quer dizer que "ela se realiza na vida política pela afirmação dos princípios políticos de justiça e pelo usufruto da proteção dos direitos e liberdades básicos" (RAWLS, 2005, p. 77). O autor se refere também à "participação nas questões públicas da sociedade". A restrição ao "domínio do político" é fundamental, dado o interesse público envolvido. E a autonomia em relação aos valores éticos? Esse é o domínio do privado. Os cidadãos decidirão a partir de suas doutrinas abrangentes. Os "valores éticos da autonomia e da individualidade", uma vez que se aplicam à "vida como um todo", não são objeto de acordo e nem de justificação pública. Logo, são irrelevantes do ponto de vista de um consenso político. São importantes para a vida privada dos cidadãos, mas devem ser objeto de decisão e escolha de forma separada dos valores políticos. Logo, nesse caso, não há que se falar em autonomia.

A condição fundamental para a autonomia plena (política) é a publicidade. Não estando explicitada e justificada publicamente, a justiça como equidade não poderá ser objeto de acordo e endosso dos cidadãos de uma determinada sociedade. A publicidade, aliás, já é referida em *Teoria* como uma das restrições formais ao conceito do justo.

### 10.5 O consenso sobreposto

Trata-se de um acordo político sobre princípios de justiça e não em torno de algumas doutrinas éticas abrangentes. Estas o endossam em vista dos valores políticos de interesse comum. O consenso sobreposto é apresentado por Rawls como aquele que dá sustentabilidade e legitimidade política à justiça como equidade. Isso significa que "uma concepção política de justiça deve ser compatível com uma multiplicidade de valores éticos e formas de vida e, portanto, ela mesma deve evitar pretensões de validade ética" (FORST, 2010, p. 123). A insistência de Rawls está no fato da concepção política de justiça, com pretensões de acordo, dever restringir-se

ao domínio do político. E é endossável porque obedece ao critério de justificação pública. Para Larmore (1999): o acordo razoável, tão enfatizado por Rawls, deve ser entendido como circunscrito pelo princípio moral do respeito. É essa base moral que, em última instância, motiva o acordo e a aceitação dos princípios de justiça. Mas isso está implícito nos próprios princípios rawlsianos, portanto, objeto de acordo, caso contrário não trataríamos a posição original como um caso de “justiça procedimental pura”. A autonomia política deve ser plena. Nas suas deliberações, o autor estadunidense, afirma que as partes não se veem obrigadas a aplicar nenhum princípio de direito e justiça determinado previamente, nem se consideram limitadas por ele. Cabe aos cidadãos, simetricamente situados, especificar os termos equitativos de cooperação social (RAWLS, 2005). Assim, fica claro que os princípios de justiça são objeto de um acordo ou, mais precisamente, são resultado de um procedimento que, por ser equitativo, é justo. Dessa forma, é endossado pelas diferentes doutrinas éticas, pois os valores políticos são de interesse público.

Ora, nenhuma concepção de justiça terá estabilidade se não poder contar com o endosso de doutrinas éticas abrangentes, embora não tire seu conteúdo delas. Mas esse endosso requer uma restrição: que seja uma concepção política. É somente em torno dela que se pode esperar uma base de justificação pública. O domínio do político é distinto do domínio do “associacional”, do pessoal, do familiar. Estes são do âmbito do ético e, pois, de difícil interesse comum, logo, de difícil acordo. Afirma Rawls: “as questões sobre os fundamentos constitucionais e as questões de justiça básica devem, tanto quanto possível, ser resolvidas unicamente por meio do apelo aos valores políticos” (RAWLS, 2005, p. 138). Valores pessoais, que aqui chamamos valores éticos, não são, pois, relevantes para um acordo político. Para que os valores éticos tenham validade para todos precisarão de razões justificáveis de modo recíproco e universal (FORST, 2010). Para entender o que realmente motiva um acordo político, é válida a explicitação de Larmore ao destacar a existência de um princípio moral mais fundamental: o igual respeito pelas pessoas. Isso faz sentido quando consideramos a ênfase rawlsiana na sociedade cooperativa, constituída por cidadãos cooperativos e quando levamos a sério sua concepção normativa de pessoa.

Uma questão decisiva, então, é colocada por Rawls (2005): Por que os valores políticos normalmente superam quaisquer valores que possam conflitar com eles?

A resposta está na sua importância no governo da estrutura básica da sociedade. Eles orientam a cooperação política e social, que é fundamental para todos. Estão expressos nos princípios de justiça. "Os valores de igual liberdade política e civil; igualdade equitativa de oportunidades; os valores da reciprocidade econômica; as bases sociais do respeito mútuo entre os cidadãos" são alguns desses valores políticos que compõem a justiça como equidade (RAWLS, 2005, p. 139). Ora, a base moral insistida por Larmore, aqui, aparece de forma mais clara. A igual liberdade civil e política, o respeito mútuo entre os cidadãos, entre outros, são certamente valores morais, os valores da justiça, pois atendem a justificação política e pública e são compatíveis com os valores éticos. Entende-se, dessa forma, a tese rawlsiana segundo a qual os valores políticos são parte da moral. O consenso sobreposto de doutrinas éticas abrangentes é possível tendo em vista a restrição dos princípios acordados no domínio do político. Pode-se, então, sustentar que o igual respeito desempenha um papel fundante, porque "forma a base para acreditar que os princípios políticos devem ser objeto de um acordo razoável" (LARMORE, 1999, p. 610). A exigência de um acordo sobre os elementos constitucionais essenciais, e tão somente sobre estes, é o que efetivamente viabiliza uma concepção de justiça. Com isso não se está dizendo que ela é verdadeira, mas apenas que é razoável, a mais razoável entre as concorrentes. As doutrinas razoáveis não precisam abdicar de sua identidade ética. Elas não vão deixar de ser éticas pelo fato de não serem objeto de acordo político. A teoria é política na medida em que "procura fazer com que os limites morais da razão sejam os mais eticamente neutros possíveis" (FORST, 2010, p. 58).

No entanto, uma questão não cala: os princípios de justiça construídos para orientar uma Constituição não seriam apenas uma explicitação de valores morais fundamentais pressupostos? O valor do respeito mútuo entre os cidadãos, citado como valor político, é objeto de acordo ou é um valor moral já pressuposto como

motivador do acordo? Isso não envolveria uma determinada concepção do bem? Em torno dessas questões gira um amplo debate entre liberais e comunitaristas.<sup>5</sup>

Com isso voltamos ao primeiro princípio de justiça, que trata dos direitos fundamentais e do mínimo existencial.

A propósito vale ainda antes lembrar que a mesma discussão estabelecida com Rawls, no referente aos princípios de justiça e do acordo razoável, Larmore (199) estabelece com Habermas quando pergunta: donde se origina a autoridade do princípio D? E sustenta: "o princípio liberal da legitimidade incorpora um princípio de respeito pelas pessoas. Esta fundamentação moral é o que dá ao princípio D a autoridade política de que desfruta" (*enjoys*) (LARMORE, 1999, p. 621). Prossegue ponderando: "Se acreditamos que nossa vida política deveria ser organizada por algum princípio tal como o D, isto é somente porque adotamos (*embrace*) o princípio moral do igual respeito pelas pessoas" (1999, p. 621). De fato, o princípio U e o princípio D indicam um procedimento. Larmore não se satisfaz e quer dar-lhes um conteúdo de sustentação. Ocorre que o apelo à contradição performativa de Apel parece resolver o problema da fundamentação do princípio U.

## 10.6 Mínimo existencial e bens primários

A teoria da justiça rawlsiana inova com a concepção normativa de pessoa, que, por sua vez, envolve condições para o desenvolvimento das qualidades morais. Isso impõe a efetivação de condições que vão muito além da satisfação das necessidades básicas dos cidadãos para uma vida digna, que aqui poderíamos chamar de mínimo existencial. A insuficiência desse mínimo é preenchida pelos "bens primários". São meios necessários para o exercício pleno de cidadania. Isso responde às seguintes questões: o que os cidadãos livres e iguais precisam para serem membros "plenamente cooperativos da sociedade"? Quais são as necessidades das pessoas na condição de cidadãos e não apenas como seres humanos? Mas como entender então a restrição à concepção política de justiça e

---

<sup>5</sup> Ver Rainer Forst, *Contextos da Justiça: Filosofia Política para além do liberalismo e do comunitarismo*. O autor apresenta a democracia deliberativa de Habermas como alternativa capaz de integrar aspectos de ambas as correntes.

aos seus valores, considerando a introdução da ideia de bens primários? Isso não afeta a tese da prioridade do justo sobre o bem?

Ora, se esses bens são coisas das quais os cidadãos necessitam como pessoas livres e iguais, fica estabelecida a estreita vinculação entre o domínio do político e esses bens, ou seja, o justo e o bem são complementares. As referidas ideias do bem são ideias políticas, na medida em que são compartilháveis pelos cidadãos e não pressupõem qualquer doutrina abrangente (RAWLS, 2005). Quem estabelece os limites da ideia dos bens primários é a concepção política de justiça.

Bens primários são coisas necessárias e exigidas por pessoas vistas não apenas como seres humanos, independentemente de qualquer concepção normativa, mas à luz da concepção política que as define como cidadãos que são plenamente cooperativos da sociedade (RAWLS, 2001, p. 58).

Esse é o significado da prioridade do justo em relação as ideias do bem. O justo não exclui as ideias do bem, mas antes se baseia em várias delas. Concepções éticas de vida boa, no entanto, dificilmente são compartilháveis, dada a diversidade de convicções e formas de vida possíveis. Os bens primários não são concepções de vida boa no sentido de valores pessoais, mas são ideias políticas, visto serem condições de pertença social e do exercício pleno de cidadania. Constituem o "mínimo essencial" para os cidadãos serem membros cooperativos de uma comunidade política. Fica, efetivamente, claro que há uma concepção de pessoa subjacente no liberalismo político de Rawls. Mas é uma concepção normativa. Podemos chamar isso de base moral do político.

É fundamental destacar que os bens primários, por serem passíveis de justificação pública, portanto, compartilháveis, são valores morais e, pela sua justificação, políticos. Pode-se, então, mais uma vez, falar numa fundamentação moral da concepção de justiça de Rawls, embora não ética. Não que os valores éticos sejam desprezíveis. A sua realização depende da proteção e das garantias do Estado, é claro, na medida em que não entram em conflito com os valores políticos. Nem todos os valores podem e nem precisam ser justificados e compartilhados publicamente. O que importa é a estrutura básica da sociedade, isto é, suas principais

instituições políticas e sociais. Importa a concepção política de pessoa e de justiça e os valores que estas implicam, estes, sim, compartilháveis e justificáveis publicamente. As ideias de sociedade cooperativa e de dignidade humana, subjacente à ideia de mínimo existencial, são a base moral dos princípios de justiça. Aqui, o moral confunde-se com o político. Larmore pode perfeitamente dar ênfase ao "igual respeito pelas pessoas" como fundamento moral desses princípios, até porque o autorrespeito é o bem primário mais importante para Rawls.

A introdução da ideia dos bens primários indica muito bem o avanço da concepção de justiça rawlsiana no referente às discussões sobre o conteúdo do mínimo existencial, que o autor chama de "mínimo social". Este se restringe à satisfação das necessidades básicas para uma vida digna, mas não atende as exigências da realização de uma concepção política de pessoa, isto é, a realização de sua condição de cidadã. Pessoa é alguém que pode ser cidadão, lembra o autor (RAWLS, 2005). A concepção de pessoa é moral na medida em que se vincula à concepção política de justiça. Mas isto impõe condições que vão muito além da mera satisfação das necessidades básicas dos cidadãos. O político protege o ser humano através do mínimo existencial e realiza o exercício da cidadania através dos bens primários. Indicam o mínimo existencial e os bens primários uma base moral? Certamente. O mais importante é que atendem ao critério da justificação pública.

### **Considerações finais**

A devida distinção entre ética e moral nos permite elucidar o que propriamente Rawls quer dizer ao sustentar que uma concepção de justiça não pode fundamentar-se em "doutrinas morais abrangentes". Via de regra, isso deve ser entendido, como salienta Forst, como doutrinas éticas, tanto é que quando se refere a elas fica claro que incluem concepções religiosas, filosóficas, enfim, distintas concepções de bem. O domínio do político faz parte do domínio moral, uma vez que este se constitui de princípios universalíssimos que dizem respeito à pessoa humana enquanto ser humano. Independentemente, pois, desses princípios de convicções e valores que identificam determinadas comunidades éticas. O político precisa conviver com este pluralismo, mas não pode depender dele.

A explicitação dos diferentes contextos da justiça permite, então, sustentar que é defensável uma fundamentação moral da concepção de justiça do autor estadunidense, mas não ética. Isso é decisivo, pois nos faz entender porque a construção dos princípios de justiça pressupõe, não uma concepção metafísica de pessoa, mas normativa. A exigência de certas qualidades morais tem em vista um acordo político e não ético. A restrição ao nível do político é a condição de possibilidade desse acordo.

É fundamental perceber que os princípios que devem orientar as principais instituições políticas, sociais e econômicas não precisam se pronunciar sobre os valores éticos professados pelas diferentes doutrinas abrangentes razoáveis e suas concepções do bem. Aqueles princípios básicos devem, sim, ser aceitos por aqueles que estão sujeitos a eles. É isso que lhes dá legitimidade. Eles são justificados e fundamentados e não simplesmente dados, tal e qual acontece, em geral, com as distintas concepções do bem.

O princípio do igual respeito pelas pessoas de Larmore pode, certamente, ser considerado como uma base moral da concepção política de justiça de Rawls. Talvez não devidamente explicitado nas formulações dos princípios, está, todavia, pressuposto. A ideia de um mínimo existencial e o princípio da dignidade humana são exemplos disso. No entanto, isso não implica na pressuposição de uma determinada concepção do bem. Aqueles princípios são compartilháveis pelos cidadãos e publicamente justificáveis. Os bens primários completam a insuficiência do mínimo existencial no referente ao pleno exercício da cidadania. São, pois, valores políticos, mas que ao ultrapassarem as fronteiras dos Estados atingem o status de valores morais. É o caso dos direitos humanos.

## Referências

FORST, Rainer. *Contextos da Justiça*. São Paulo: Boitempo, 2010.

KANT, I. *Die Metaphysik der Sitten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARMORE, Charles. The Moral Basis of Political Liberalism. IN: *The Journal of Philosophy*, Vol. 96, n° 12 (Dec. 1999) pp. 599 – 625.

RAWLS, J. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. *Justice as Fairness: A Restatement*. London: Harvard University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. *The Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

SANDEL, M. *O Liberalismo e os Limites da Justiça*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

WEBER, T. *Ética e Filosofia Direito: Dignidade e Autonomia da Pessoa Humana*. Petrópolis: Vozes, 2013.

\_\_\_\_\_. Direito e Justiça em Kant. IN: Revista *RECHTD*, 5(1): 38-47, Unisinos, 2013.



## 11. OS LIMITES DO LIBERALISMO: UMA CRÍTICA COMUNITARISTA<sup>1</sup>

### Introdução

As divergências entre liberais e comunitaristas no que diz respeito ao tema da justiça ocupam o debate da Filosofia Política nas últimas décadas. A prioridade do justo em relação às concepções comunitárias do bem é um dos aspectos centrais da discussão. Com pontos de partida distintos, o desafio é comum a essas duas correntes: Como fundamentar normas, sejam elas regras ou princípios?

Uma das mais influentes teorias da justiça desenvolvidas na segunda metade do século XX é indiscutivelmente a da justiça como equidade de J. Rawls. Objetivando ser uma alternativa ao utilitarismo, amplamente difundido até então, a teoria rawlsiana inova em vários aspectos: a ideia de um construtivismo político, o consenso sobreposto, a prioridade do justo em relação às ideias do bem e a ideia de razão pública merecem destaque. Sua teoria foi objeto de muitos comentários e críticas, provocando inúmeras reformulações. Essas observações, em geral, vêm do lado dos comunitaristas, entre os quais cabe destacar: M. Sandel, A. MacIntyre, C. Taylor.

O propósito é discutir e avaliar a crítica de M. Sandel ao liberalismo político de Rawls, principalmente, a partir do livro *O liberalismo e os limites da justiça*<sup>2</sup>.

Como o núcleo duro dessa crítica gira em torno da prioridade do justo em relação ao bem, tese defendida por Rawls, o propósito é colocar em diálogo aquelas correntes. Os comunitaristas sustentam haver uma concepção de bem subjacente às doutrinas liberais e situam o justo a partir da ideia de "contexto". Os liberais, por sua vez, são avessos ao contexto e defendem a neutralidade ética do direito. Entrar nesse debate significa acompanhar o que há de mais atual nas recentes discussões da Filosofia Política.

---

<sup>1</sup> Publicado na revista: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/28933>. Revisado para esta edição.

<sup>2</sup> Uma oportuna e interessante avaliação da crítica de Sandel a Rawls, feita nesse livro, é elaborada por R. Forst no primeiro capítulo de *Contextos da Justiça*. Trata-se da "crítica do eu desvinculado". Segundo Forst, nessa crítica Sandel não faz uma adequada distinção entre pessoa ética e pessoa do direito, em Rawls (cf. Forst, 2010, p. 17). O presente capítulo não examina a crítica de Sandel sob esse aspecto.

No referido livro, depois da reconstrução das principais teses de Rawls que envolvem o liberalismo político, Sandel o avalia através de "três objeções": o afastamento das questões morais importantes; o fato do pluralismo razoável, também envolvendo concepções de justiça; a excessiva restrição do âmbito da razão pública. Além disso, no livro *Justiça: o que é fazer a coisa certa*, o autor discute outros temas diretamente ligados ao liberalismo político, tais como o dos incentivos e o do esforço. Uma avaliação dos equívocos e acertos de Sandel precisa considerar as reformulações de Rawls em *O Liberalismo Político* e em *Justiça como Equidade: uma reformulação*. É o que se propõe o presente capítulo: avaliar a crítica de Sandel a partir dessas reformulações.

### 11.1 Valores políticos e doutrinas morais abrangentes

Uma das características centrais da concepção política de justiça de Rawls é a sua independência de doutrinas morais abrangentes.<sup>3</sup> Essa posição é motivada pela possibilidade e necessidade de um acordo sobre a concepção de justiça, apta para orientar as principais instituições políticas e sociais, principalmente, a constituição política. A restrição ao domínio do político é a condição para tal acordo. As doutrinas morais abrangentes, por sua vez, podem endossar os princípios de justiça e o farão para torná-los estáveis, mas estes não podem derivar daquelas. A concepção política de justiça tem, pois, a característica de ser autossustentada. As diferentes concepções de vida boa, próprias das doutrinas abrangentes, dificultam enormemente a possibilidade de se atingir o "propósito político" do liberalismo político, ou seja: "assegurar a cooperação social com base no respeito mútuo" (SANDEL, 2005, p. 258).

Seria esse objetivo tão importante a ponto de superar outros interesses originários de doutrinas morais? Para Sandel, muitas exigências e reivindicações emergem dessas doutrinas e, por isso, não é "razoável", para efeitos políticos, excluí-los ou simplesmente deixá-los de lado (SANDEL, 2005), até porque algumas delas podem ser verdadeiras.

---

<sup>3</sup> Esse assunto perpassa praticamente toda a obra *O Liberalismo Político* de Rawls. Pode-se ver, principalmente, o primeiro capítulo.

Não há dúvida de que, nas sociedades democráticas, diferentes concepções de "vida boa" são apresentadas e defendidas. Rawls reconhece isso e considera fundamental que elas endossem os princípios da justiça como equidade. Para Sandel, todavia, a questão é saber até que ponto essas doutrinas morais são ou não capazes de superar os valores políticos (SANDEL, 2005). Sustentar que se trata de domínios diferentes – os valores políticos, referindo-se aos elementos constitucionais essenciais e às questões de justiça básica, por um lado, e as doutrinas morais e religiosas, reportando-se à vida privada ou às "associações voluntárias", por outro – não avança na discussão, pois nesse caso nenhum conflito surgiria, segundo Sandel. Logo, não faria sentido dizer, como fez Rawls, que os valores políticos haveriam de se sobrepôr aos valores éticos, religiosos ou diferentes concepções do bem. Se são âmbitos distintos, não teríamos conflitos. Ocorre, no entanto, que Sandel não justifica sua afirmação da ausência desses conflitos. Exemplos mostram que eles acontecem, até mesmo entre os valores políticos. Isso indica o fato de Rawls ter estabelecido a prioridade do primeiro princípio em relação ao segundo.

Para demonstrar que a prioridade do justo sobre o bem não pode ser sustentada, Sandel, a título de exemplo, promove um debate sobre o aborto e a escravidão. Alega que um posicionamento contra ou a favor em ambos os casos não pode afastar argumentos morais importantes. Essa exclusão dependeria do fato de se saber qual das doutrinas morais é verdadeira.

Ora, o tema do aborto não é objeto de debate no nível dos princípios, mas assunto a ser examinado no estágio legislativo. Já o problema da escravidão pode ser resolvido a partir do primeiro princípio de justiça de Rawls e sem apelo aos valores morais e religiosos. Estes, por certo, estarão em consonância com o primeiro princípio. O recurso aos direitos fundamentais é suficiente para condenar quaisquer formas de escravidão. As doutrinas morais abrangentes poderão endossar a defesa desses direitos, por diferentes razões, mas não é preciso recorrer a elas para condenar a escravidão.

O acordo político em torno dos princípios, feito sob o véu da ignorância, diz respeito aos elementos constitucionais essenciais. Os assuntos controversos não entram na agenda política. Por isso, são decididos em outro estágio, onde o véu da

ignorância é parcialmente suspenso. Nesse estágio, os cidadãos argumentarão a partir de suas concepções de bem. Aliás, também endossarão os princípios de justiça a partir dessas concepções. O limite delas, no entanto, são os princípios de justiça política. A solução de possíveis conflitos precisa estabelecer prioridades, mas deve fazê-lo a partir de um critério objetivo e comum.

A não-dependência de doutrinas morais abrangentes por parte dos princípios de justiça afeta, pois, somente a estes. A crítica sobre o fato do debate em torno do aborto não poder ser moralmente neutro, isto é, não poder desconhecer razões morais e religiosas, não considera suficientemente os quatro estágios da aplicação dos princípios de Rawls.<sup>4</sup> Que uma argumentação a favor do aborto não possa ser neutra no referente às controvérsias morais e religiosas dá a entender que não se pode fazer um debate sobre o assunto fora dessas controvérsias. Ser contra o aborto não significa necessariamente valer-se de um argumento moral ou religioso. A hipótese de que uma doutrina moral abrangente possa estar correta no que concerne ao fato do início da vida dar-se no momento da concepção e que, por conseguinte, o argumento do liberalismo político em torno da prioridade do justo caia por terra, esbarra num problema: como saber se uma doutrina moral está correta?

Sandel supõe que a posição da Igreja Católica sobre o início da vida esteja certa. Isso, por si só, derrubaria a tese da prioridade do justo. Mas não sabemos qual é a posição correta. Quem tem competência para definir essa questão? A ciência ou a religião? Quando efetivamente começa a vida para a biologia? Trata-se de uma questão científica, moral ou religiosa? Para as doutrinas morais e religiosas a sua posição é a correta e certamente o é. Como compartilhar essas diferentes teses? Do ponto de vista político deveria haver um acordo. Se não houver, decida-se no estágio legislativo, pelo voto. É claro que isso poderá contrariar a posição de alguma doutrina religiosa. O conflito entre o político e o ético parece ser insuperável. Não é o simples voto da maioria no estágio legislativo que vai determinar que o político está correto.

A questão é saber que tipo de argumentos são mais plausíveis nesse debate e passíveis de um acordo. Estar o início da vida vinculada à concepção pode não ser

---

<sup>4</sup> Trata-se dos estágios da posição original, do constitucional, do legislativo e do judicial. No assunto em pauta, cabe registrar que o primeiro se ocupa da construção dos princípios de justiça; o segundo da elaboração de uma Constituição de acordo com os princípios estabelecidos; o terceiro trata da elaboração das leis e o quarto de sua aplicação (cf. Rawls, *A Theory of Justice*, p. 195).

uma questão a ser resolvida por alguma doutrina moral ou religiosa. Essa é uma tese defensável. Mesmo que a questão do início da vida, referida inúmeras vezes por Sandel, estivesse resolvida, a controvérsia em torno do aborto continuaria, independente das doutrinas abrangentes. Por isso, a questão acaba por ser decidida no estágio legislativo.

De qualquer sorte, pode-se sustentar que a definição sobre o início da vida não cabe a alguma doutrina moral ou religiosa. É, antes, uma questão da ciência biológica. É claro que uma doutrina moral e religiosa pode e deve posicionar-se sobre esse tema. Pode sustentar, por exemplo, o princípio da santidade da vida e de sua origem divina. No entanto, essa sempre será a posição de uma doutrina abrangente. Mas como atingir um acordo sobre tais argumentos? Diferentes doutrinas sustentarão diferentes posições. A restrição ao domínio do político pretende atender à exigência da justificação pública para os valores políticos. É claro que isso não resolve o problema moral ou religioso. Essas doutrinas poderão continuar defendendo seus princípios e continuar considerando suas posições como verdadeiras e corretas.

Para Rawls, os argumentos em torno dos valores políticos seriam mais razoáveis porque são "compartilháveis" (*shared*) (RAWLS, 2005), coisa que os argumentos éticos e religiosos não necessariamente são. Aqueles são passíveis de justificação pública, estes não. Ocorre que Sandel não admite que argumentos a favor do aborto possam ser neutros em relação às doutrinas religiosas e morais. Por que não? Se a questão do início da vida não é primeiramente uma questão moral ou religiosa, uma argumentação neutra em relação a ela deve ser possível. Contra Sandel dois aspectos precisam ser salientados: a) que o aborto não é tema de um princípio de justiça, mas de legislação ordinária; b) no estágio legislativo argumentos morais e religiosos têm espaço, uma vez que podem e devem endossar os valores políticos, e o fazem a partir de suas concepções de bem. Quando elementos constitucionais não são objeto de discussão, os cidadãos, e mesmo os legisladores (terceiro estágio), podem tomar decisões de acordo com suas visões mais abrangentes (cf. 2005, p. 235). Mas sempre vai predominar o critério da maioria, como recurso procedimental. Leis injustas, no entanto, podem ser instituídas. Às vezes, temos o dever de obedecê-las.

O mesmo questionamento, referente à prioridade do justo sobre o bem, é desenvolvido no debate sobre a escravidão. Excluir “questões morais controversas” com o intuito de alcançar um “acordo político” é a estratégia de Rawls, na avaliação de Sandel (SANDEL, 2005). Este, no entanto, questiona a legitimidade daquela. Não é possível posicionar-se contra a escravidão, assim como em relação ao aborto, sem recorrer a argumentos morais de doutrinas abrangentes ou defender uma neutralidade em relação a eles.

Em primeiro lugar, é preciso que se diga que o recurso aos princípios de justiça, por si só, bastaria para condenar a escravidão. Ela viola os direitos e liberdades fundamentais e, portanto, a dignidade humana. A concepção política de justiça não depende de doutrinas abrangentes para essa justificação. Em segundo lugar, essas doutrinas poderão endossar os princípios e valores políticos a partir de suas concepções de bem. Com isso, não seria preciso excluir os argumentos morais e religiosos, com o intuito de obter um acordo político. Em terceiro lugar, questões controversas não podem ser introduzidas na agenda política; devem ser resolvidas no estágio legislativo. Se as questões controversas podem ser resolvidas no nível dos princípios, por que recorrer às doutrinas morais abrangentes? Não se trata de afastá-las, mas de dispensar o recurso a elas, dada a dificuldade de um acordo, uma vez que está em jogo uma concepção política e pública de justiça. Logo, uma argumentação contra o aborto pode ser moralmente neutra, isto é, imparcial, do ponto de vista da justificação.<sup>5</sup>

## 11.2 A prioridade do justo e o pluralismo

Rawls parte de um fato: o fato do pluralismo razoável. Uma sociedade democrática convive com distintas doutrinas morais, religiosas e filosóficas abrangentes e, por vezes, incompatíveis, mas razoáveis. Diante desse pluralismo, impõe-se a prioridade do justo. A grande dificuldade refere-se à possibilidade de construir uma concepção de justiça a partir disso. Uma restrição em relação a uma concepção política de justiça foi a solução encontrada. De acordo com Sandel, para

---

<sup>5</sup> Sobre o tema da neutralidade no sentido de “imparcialidade moral de justificação”, ver Forst, R. *Contextos da Justiça*, p. 63.

o liberalismo político esse pluralismo diz respeito tão somente às concepções de bem e, por isso, atribui a prioridade ao justo. Essa "assimetria", no entanto, para Sandel, tem um pressuposto sem o qual ela não se sustenta. O liberalismo tem de pressupor que não há um pluralismo razoável acerca da justiça.

O liberalismo político tem de pressupor não só que o exercício da razão humana em condições de liberdade produzirá desacordos acerca da vida boa, mas também que o exercício da razão humana em condições de liberdade *não* produzirá desacordos acerca da justiça. (SANDEL, 2005, p. 266)

Ora, sustenta Sandel, tão fato quanto o pluralismo razoável de doutrinas morais abrangentes é o fato do pluralismo razoável em torno da ideia de justiça. "As sociedades democráticas", afirma, "estão repletas de desacordos acerca da justiça" (SANDEL, 2005, p. 266). Ele fornece como exemplos os debates sobre a distribuição do rendimento e da equidade de impostos, os cuidados com a saúde, os direitos dos homossexuais, a liberdade de expressão, etc. Os votos discordantes dos juízes da Suprema Corte, em situações que envolvem a liberdade religiosa, a liberdade de expressão, etc, é outro exemplo. Os debates em torno desses temas indicam o pluralismo razoável acerca da justiça. Ora, se houver um pluralismo tanto em relação à justiça quanto em relação às doutrinas morais e abrangentes, qual é a diferença no referente aos dois tipos de pluralismos? A dificuldade para um acordo não se aplica a ambos? Por que então estabelecer a prioridade do justo sobre o bem?

Os defensores do liberalismo político, na apreciação de Sandel, poderiam responder dizendo que as divergências sobre a justiça não se referem ao que os princípios devem ser e, sim, à sua aplicação. Haveria concordância, por exemplo, quanto à liberdade de expressão constar da lista dos direitos fundamentais, mas discordância quanto ao entendimento desse direito em alguns casos concretos, como por exemplo, se a liberdade de expressão deve ou não proteger toda e qualquer publicidade comercial. Sandel, apesar dessa resposta, continua sustentando que as divergências dizem respeito aos princípios e não só a sua aplicação. Ele dá como exemplo as divergências entre liberais libertários e liberais igualitários, no que diz respeito ao princípio da diferença. Para os igualitários (Rawls é um deles) qualquer

incentivo concedido aos mais capazes deve melhorar a vida dos menos favorecidos. Somente assim se justificam. As desigualdades econômicas e sociais somente são justas se melhorarem a situação dos menos favorecidos. Os libertários sequer aceitam esse princípio. Cobrar impostos dos ricos para ajudar aos pobres é injusto. Tais contribuições deveriam ser facultativas.

Essas divergências mostram um “pluralismo razoável acerca da justiça” (SANDEL, 2005). Elas indicam discordância com relação à própria compreensão do princípio da justiça distributiva e não só em relação a sua aplicação. O debate indica divergências em relação ao que esse princípio deveria ser. Diante disso, para Sandel, mais uma vez, a prioridade do justo em relação ao bem não se sustenta.

Ora, é um equívoco achar que não há um pluralismo em relação as concepções de justiça em Rawls, tanto é que ele considera a sua teoria da justiça como equidade uma alternativa ao utilitarismo, mesmo o considerando uma doutrina moral abrangente. Em *Justiça como equidade: uma reformulação*, fala em escolha diante de um menu, isto é, um conjunto de concepções de justiça encontráveis na tradição da filosofia política. Isso indica que a posição original é um “procedimento de seleção” (RAWLS, 2003). Mesmo em *Uma Teoria da Justiça* são citadas outras concepções de justiça (sob o título “*The presentation of alternatives*”) ao lado da justiça como equidade (cf. 1997, p. 122).

A questão fundamental para a justiça política é saber “qual é a concepção de justiça mais apropriada para especificar os termos da cooperação social entre cidadãos considerados livres e iguais, membros normais e plenamente cooperativos da sociedade, ao longo de toda vida” (RAWLS, 2005, p. 20). Existem muitas teorias concorrendo para isso. Todas razoáveis. É preciso escolher uma dentro do menu. Para Rawls, as partes, na posição original, escolheriam a justiça como equidade como a mais razoável e que mereceria o endosso das doutrinas morais abrangentes. É um equívoco, portanto, considerar que não existe qualquer fato de pluralismo razoável acerca da justiça (SANDEL, 2005). Além do mais, Rawls nunca afirmou que as outras teorias de justiça não seriam razoáveis. Há uma diversidade de concepções de justiça em concorrência na nossa tradição político-filosófica, embora umas possam ser mais razoáveis do que outras. O fato da posição original ser um procedimento de seleção é a maior prova disso.



Oportuna questão é sugerida por Sandel: se alguns princípios de justiça são mais razoáveis do que outros, o mesmo não poderia ser dito das doutrinas morais abrangentes? E algumas dessas doutrinas não poderiam ser mais razoáveis do que as concepções de justiça?

O núcleo central dessas questões passa pela discussão sobre a própria possibilidade do liberalismo. Ou seja, admitindo o pluralismo razoável de doutrinas morais abrangentes e mesmo de concepções de justiça, por que os valores políticos se impõem sobre os demais? O problema não é só de razoabilidade, mas do grau de importância. É disso que Rawls deve convencer-nos.

A resposta encontramos em *O Liberalismo Político*, sobretudo na conferência IV, que trata do "consenso sobreposto". Os "valores do domínio especial do político" superam quaisquer outros valores porque são efetivamente "muito importantes", ou seja, referem-se à estrutura básica da sociedade e "especificam os termos essenciais da cooperação política e social" (RAWLS, 2005, p.139). Tais valores constituem elementos constitucionais essenciais. Rawls dá como exemplo desses valores, expressos pelos princípios de justiça, "os valores da igual liberdade política e civil; igualdade equitativa de oportunidades; os valores da reciprocidade econômica; as bases sociais do respeito mútuo entre os cidadãos" (RAWLS, 2005, p. 139). Esses valores são realmente essenciais para um acordo político, pois são condições para o pleno exercício da cidadania. Em caso de conflito desses valores com os das doutrinas morais abrangentes aqueles se impõem pela sua importância para uma sociedade cooperativa.

Não há dúvida de que existe um pluralismo razoável em torno da justiça. A questão é avaliar qual ou quais dos princípios têm mais chance de ser objeto de um acordo para orientar nossas principais instituições sociais e políticas. A questão é saber o que realmente é importante para o domínio do político. É fundamental que, para sua estabilidade, os valores desse domínio sejam endossáveis pelas doutrinas abrangentes.

A controvérsia em torno do "estatuto moral da homossexualidade", sugerida por Sandel, não é um bom exemplo. Esse assunto é objeto de discussão e ponderação no estágio legislativo e não na construção dos princípios da posição original. Não é, portanto, elemento constitucional essencial. É uma questão de lei e

não de princípio. No legislativo os argumentos morais têm força e podem ser adotados pelos cidadãos. O véu da ignorância afeta a construção dos princípios, mas não a elaboração das leis, ou pelo menos não em parte. Não há dúvida de que nessa elaboração, os cidadãos vão argumentar a partir de seus interesses e concepções de bem, isto é, a partir de uma razão não-pública. O critério aqui é o voto da maioria.

Assim, para mostrar o que deve e o que não deve entrar no debate político, é um equívoco comparar as divergências em relação ao princípio da diferença com as divergências em relação ao estatuto moral da homossexualidade. Significa confundir princípios com regras,<sup>6</sup> elementos constitucionais essenciais com assuntos de legislação ordinária. É preciso entender que o princípio da diferença é mais razoável do que a opção indicada pelos libertários. Divergências em torno dos princípios de justiça sempre vão ocorrer. Por isso a necessidade de escolhas. Perelman diria que sempre haverá um elemento arbitrário nessas escolhas. É por isso que elas devem ser justificadas perante o "auditório universal", isto é, perante "mentes razoáveis", obedecendo a coerência e a regularidade (PERELMAN, 2002, p. 67 e 94). Essa arbitrariedade é própria de um "sistema normativo" (PERELMAN, 2002, p. 59).

Sandel admite que exista um pluralismo acerca da justiça distributiva em Rawls, mas que "não existe qualquer fato de pluralismo razoável" (SANDEL, 2005, p. 269). Em nota do livro *O liberalismo e os limites da justiça*, ele reconhece que Rawls não diz isso de "forma explícita", mas entende que isso é necessário para que a tese do fato do pluralismo razoável faça sentido. No entanto, pode-se dizer, com toda segurança, que Rawls não afirma a não-existência do pluralismo em questões de justiça, nem explícita e nem implicitamente. Ao contrário, a necessidade de escolha diante de um conjunto de concepções de justiça encontráveis na tradição da Filosofia Política (menu) é a prova incontestável desse pluralismo. A posição original é um procedimento de seleção.

---

<sup>6</sup> Sobre a distinção entre princípios e regras, ver Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, 2002, p. 35.

### 11.3 A excessiva restrição do âmbito da razão pública liberal

A tese da prioridade do justo sobre o bem perpassa todo o liberalismo político de Rawls. A independência dos princípios de justiça para com as doutrinas morais abrangentes se impõe como condição de possibilidade de um acordo. A razão pública diz respeito somente ao objeto desse acordo, ou seja, aos "elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica" (RAWLS, 2005, p. 214). Isso significa que muitos aspectos ficam de fora da argumentação pública no fórum público. É o que Rawls chama de "razões não-públicas" e dá como exemplo vários tipos de associações, tais como as igrejas, universidades e as sociedades científicas. Sua argumentação é pública em relação a seus membros, mas não-pública em relação aos cidadãos em geral. A razão pública diz respeito ao "bem do público"; é a razão dos cidadãos enquanto "corpo coletivo" (*colletive body*), na medida em que promulgam leis e emendam sua Constituição (cf. RAWLS, 2005). Mas existem questões políticas que não são objeto da razão pública, uma vez que não são elementos constitucionais essenciais. Exemplo disso são as leis que regulam a propriedade. O direito de herança, por exemplo, não é elemento constitucional essencial, embora seja uma questão política a ser resolvida (decidida) no estágio legislativo.

Mas quais são os elementos constitucionais essenciais e qual é propriamente o conteúdo da razão pública? Em *O Liberalismo Político*, Rawls destaca "dois tipos" de elementos essenciais para os quais o acordo se faz necessário: o primeiro diz respeito aos "princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as prerrogativas do legislativo, do executivo e do judiciário; o alcance da regra da maioria". O segundo refere-se aos direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania, tais como o direito ao voto, a liberdade de consciência, etc. (RAWLS, 2005). Estes elementos constituem o núcleo central da concepção política de justiça e, pois, o conteúdo da razão pública que, segundo Rawls, apresenta um "caráter liberal". Isso significa dizer que além da especificação dos referidos direitos e liberdades fundamentais, atribui-se uma prioridade a eles, principalmente em relação às distintas concepções do bem. A ênfase está, pois, no acordo em torno de valores políticos. Segundo Rawls, esses elementos essenciais

“são justificáveis perante todos os cidadãos” (RAWLS, 2005), coisa que não ocorre com os valores morais e religiosos.

É fundamental destacar que é somente na discussão e justificação desses elementos essenciais que não se pode recorrer aos argumentos de doutrinas morais e abrangentes. Essa é a restrição que a razão pública impõe.

Sandel, como visto, não só questiona a prioridade do justo como apresenta uma séria dificuldade inerente aos limites impostos pela “razão pública liberal”. A “vida política”, afirma o autor, “deixa pouco espaço para o tipo de deliberação pública necessária para que se teste a plausibilidade de teorias morais abrangentes alternativas” (SANDEL, 2005, p. 175). Embora defenda o direito de liberdade de expressão, o “liberalismo político limita rigorosamente os tipos de argumentos que constituem contribuições legítimas para o debate político, especialmente para o debate acerca dos elementos constitucionais essenciais e das questões de justiça básica” (SANDEL, 2005, p. 275).

É preciso salientar, como Sandel reconhece, que os limites da razão pública dizem respeito aos elementos constitucionais essenciais e não afetam outros valores. Sequer incluem todas as questões políticas e muito menos se aplicam a nossas deliberações e reflexões pessoais sobre essas questões (RAWLS, 2005). É que muitos desses temas não constituem problemas essenciais. Ao dizer, no entanto, que os cidadãos não devem introduzir suas convicções religiosas e morais no debate de “questões de justiça”, pois este é o âmbito da razão pública, o autor acaba dando exemplos e refere assuntos que não constituem elementos constitucionais essenciais. Logo, não são afetados pelos seus limites. Ele volta a se referir os casos do aborto e o dos direitos dos homossexuais. As restrições impostas pela razão pública impediriam que os cidadãos argumentassem de forma contrária a esses temas a partir de suas convicções morais e religiosas.

Ora, a adoção de uma lei a favor ou contrária ao aborto é assunto do estágio legislativo e não objeto de acordo na posição original. Não é elemento constitucional essencial. É objeto de lei e não de princípio. Os “partidários” da igreja católica, portanto, na medida em que também são cidadãos, podem não só discutir o assunto internamente, nas suas igrejas, mas também no “parlamento estatal”. Se o aborto é objeto de lei, e o próprio Sandel afirma isso, as igrejas podem levar seus argumentos

para a “arena política”, neste caso o estágio legislativo. É somente no debate sobre as “questões políticas mais fundamentais” que elas devem respeitar os limites da razão pública (2005, p. 226). Ora, o aborto não se enquadra nessas questões, ainda que possa ser considerado uma questão de saúde pública. Como referido, existem muitas outras questões públicas que não são objeto da razão pública. Além do mais, questões controversas, como é o caso do aborto, não entram na agenda política.

O mesmo argumento vale para os defensores dos direitos dos homossexuais. Nesses casos, é um engano pensar que as convicções e argumentos morais e religiosos não possam ter lugar no debate público. Os princípios de justiça é que não podem ser construídos em função desses argumentos. O acordo em torno de elementos constitucionais essenciais visa obter o endosso das doutrinas morais abrangentes, exatamente, a partir de suas convicções e valores. Esse é o princípio da legitimidade dos princípios políticos de justiça. Mas esse endosso pode ser feito por diferentes razões.

Quando fala dos direitos dos homossexuais e do aborto, Sandel fala em elaboração de leis. Ora, leis não são princípios e os elementos constitucionais essenciais, objeto da razão pública, referem-se aos princípios e não às leis. Rawls é claro ao sustentar que o apelo às doutrinas morais e religiosas só não pode ser feito quando estão em debate elementos constitucionais essenciais. Em *O Liberalismo Político* lemos: “ao discutir sobre elementos constitucionais essenciais e sobre questões de justiça básica não devemos apelar para doutrinas religiosas e filosóficas abrangentes” (RAWLS, 2005, p. 225). Mas isso não vale para a elaboração de leis no estágio legislativo. Neste estágio já estamos pensando em determinada sociedade. É perfeitamente razoável votar a favor de uma lei contrária ao aborto com base em argumentos morais e religiosos. No entanto, as doutrinas morais e abrangentes e os seus valores não são compartilháveis e, por isso, não são e nem precisam ser objeto da razão pública. Rawls afirma claramente que:

Os cidadãos e os legisladores podem votar de acordo com suas visões mais abrangentes quando os elementos constitucionais essenciais e a justiça básica não estiverem em jogo (*at stake*); não precisam justificar, por meio da razão pública, porque votam desta ou daquela maneira (RAWLS, 2005, p. 235).

Por que? Simplesmente porque o assunto em pauta não é elemento constitucional essencial. Logo, não exige uma base pública de justificação. Contudo, controvérsias poderão surgir em torno do fato do aborto enquadrar-se ou não nos elementos constitucionais essenciais. Essa é uma dificuldade da razão pública que o próprio Rawls reconhece, quando afirma: "a razão pública muitas vezes admite mais de uma resposta razoável a uma questão específica, isto porque existem muitos valores políticos e muitas formas de caracterizá-los" (RAWLS, 2005, p. 240). Ao referir-se à formulação de uma *lei* contra o aborto, Sandel está retirando esse assunto do referido status. É, no entanto, no julgamento da constitucionalidade das leis que os juízes da Suprema Corte, como guardiães da Constituição, não podem invocar valores morais e religiosos. Podem invocar valores endossáveis pelos "cidadãos razoáveis e racionais", que são os valores políticos.

Além disso, Rawls admite que existem argumentos políticos excluídos pela razão pública. Quais? Os que não são elementos constitucionais essenciais como, por exemplo, a legislação fiscal. É assunto de outro estágio. As questões referentes ao aborto, os direitos dos homossexuais e do abolicionismo são citados por Sandel como exemplos para os quais não podem ser usados argumentos morais e religiosos no debate político. A razão pública liberal requer que sejam colocadas de lado quando se tornarem decisões referentes à justiça. Isto representa, para Sandel, um custo moral estrito, ou indica custos morais da razão pública liberal (SANDEL, 2005).

Seria excessiva essa restrição da razão pública? Trata-se de um problema prático: a possibilidade de se chegar a um acordo sobre o que é realmente essencial para a vida política. Alguém poderia sustentar que no debate sobre uma lei contrária ao aborto e sobre o direito dos homossexuais podemos encontrar argumentos suficientes nos próprios princípios de justiça, sem necessidade de recurso às doutrinas morais. O aborto violaria a dignidade do feto e os homossexuais devem ter direitos iguais reconhecidos. Não se trata, portanto, de neutralidade em face dos argumentos morais e abrangentes, mas de dispensar o recurso a eles, tendo em vista a dificuldade de um acordo e considerando a suficiência do recurso aos elementos constitucionais essenciais. Nesse caso, o debate respeitaria os limites da razão pública. Os princípios, no entanto, necessitam de interpretação, uma vez que não se referem, e nem precisam se referir, claramente a esses temas. Limites se impõem.

#### 11.4 O problema dos incentivos e a valorização do esforço

Outros temas de intenso debate e objeto de muita controvérsia no referente ao liberalismo político de Rawls são o dos incentivos e o do mérito pelo esforço. Sandel os discute apresentando algumas objeções<sup>7</sup>. O alvo da crítica aqui é o princípio da diferença. Referindo-se aos incentivos<sup>8</sup>, a pergunta de Sandel é plausível: "se os talentosos só puderem se beneficiar de suas aptidões quando eles ajudarem os menos favorecidos, o que acontecerá se eles resolverem trabalhar menos ou não desenvolverem suas habilidades?" (SANDEL, 2014, p. 195). Ou seja, se a ajuda aos menos favorecidos é condição para se beneficiar das próprias aptidões, por que deverão os talentosos trabalhar mais? Por que M. Jordan haveria de se esforçar tanto, já que com isso terá um salário maior e terá que pagar mais impostos?

De fato, o princípio da diferença permite desigualdades de renda, concessões de incentivos e até privilégios, desde que isso de algum modo beneficie os menos favorecidos. Não é justo tratar os diferentes de forma igual. Desigualdades são justificáveis e diferenças salariais, a título de incentivos, são perfeitamente justas, desde que isso reverta em benefícios para os menos privilegiados. A objeção, no entanto, faz sentido: por que irão os talentosos trabalhar mais ou escolher profissões mais atraentes financeiramente se com isso deverão pagar mais impostos e ajudar os menos favorecidos? Não se sentirão penalizados? O que deveria motivar os mais talentosos a investirem nas suas habilidades?

Rawls, no entanto, tem um forte contra-argumento: as capacidades naturais não são merecidas. Logo, uma sociedade justa deve organizar os princípios da justiça distributiva de sorte a favorecer os menos capacitados. Afirma o autor em *Uma Teoria da Justiça*: "desigualdades imerecidas (*undeserved inequalities*) exigem reparação; e como desigualdades de nascimento e de dotes naturais são imerecidas, devem elas ser de alguma forma compensadas" (RAWLS, 1997, p. 100). Esta é a alternativa que Rawls oferece ao utilitarismo. Não é o maior bem para o maior número de pessoas que importa, mas a equidade entre todos. Numa sociedade justa, com a concessão de benefícios aos mais habilidosos, as minorias e os menos

---

<sup>7</sup> Estes assuntos são mais especificamente examinados em *Justiça: o que é fazer a coisa certa*.

<sup>8</sup> Sobre o tema dos incentivos, ver A. SEN, *A Ideia da Justiça*, 2011, p. 91.

dotados devem ser valorizados e beneficiados. O princípio da diferença incentiva os mais aptos valorizando as minorias.

Outra “desafiadora objeção” à concepção de justiça de Rawls e ligada ao tema dos incentivos diz respeito ao problema do esforço. É sabido que o autor não aceita a teoria meritocrática de justiça. Sandel resume a justificativa de Rawls para tal tese afirmando que para o filósofo da equidade: “os talentos naturais não são méritos de quem os possui” (SANDEL, 2014, p. 196). Rawls refere-se a esse assunto já em *Uma Teoria da Justiça*. Não há merecimento dos dotes naturais, uma vez que isso depende da família em que nascemos e do tipo de educação que recebemos. “Não merecemos nosso lugar na distribuição de aptidões inatas, assim como não merecemos nosso lugar inicial de partida (*initial starting place*) na sociedade” (RAWLS, 1997, p. 104). Certamente os mais habilidosos têm direito aos seus talentos naturais. Isso é assegurado pelo primeiro princípio da justiça. É, pois, justo o que é obtido dentro das regras do sistema equitativo de cooperação social (RAWLS, 1997). O direito às expectativas legítimas está vinculado às regras estabelecidas de acordo com os princípios de justiça. Para Rawls, o problema não é o da justiça ou injustiça da “distribuição natural” dessas capacidades inatas, mas a maneira como as instituições lidam com isso. Essa maneira pode ser justa ou injusta.

No entanto, deve-se indagar se é razoável uma teoria da justiça segundo a qual não merecemos que nosso esforço seja recompensado. O esforço decorrente das qualidades naturais certamente é meritório. Repudiar o mérito moral sob alegação de que a sociedade valoriza mais certas qualidades em certas épocas e que, por isso, o sucesso é resultado da boa sorte, apenas em parte é aceitável. Escolhas mais ou menos inteligentes são feitas pelos indivíduos e muito esforço é dispensado na conquista dos objetivos previstos. É claro que não é apenas o esforço que concede mérito moral. Se assim fosse, ele seria a base da renda e riqueza. Nem os meritocratas concordariam com isso. Um trabalhador fisicamente fraco, dependendo da atividade, deverá esforçar-se muito mais do que um trabalhador forte, para obtenção de um determinado resultado. Nem por isso receberá remuneração melhor. Mas quando o esforço resulta em efetiva contribuição para a melhoria das condições de vida de uma sociedade, ele deve ser recompensado.



Contra Rawls poder-se-ia dizer que a justiça distributiva deveria de alguma forma premiar o mérito moral.

Mais especificamente, o que dizer das grandes diferenças salariais. Pode-se sustentar que são justas? Considerando o segundo princípio de justiça, o princípio da diferença, as diferenças são justas na medida em que fizerem parte de uma estrutura social que prevê uma taxação na forma de impostos que venha trazer benefícios aos menos favorecidos. Além disso, existem elementos contingentes que podem determinar o maior ou menor sucesso profissional de alguém e do qual pode resultar um rendimento maior ou menor. Isso depende do que é mais valorizado. Em certas sociedades o bom jogador de futebol é extremamente bem remunerado. M. Jordan nasceu num país em que o basquete é o esporte preferido. Mas isso é contingente, e não apenas mérito moral.

## Referências

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

\_\_\_\_\_. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SANDEL, Michael. *O liberalismo e os limites da justiça*. (2ª ed.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

\_\_\_\_\_. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SEN, A. *A Ideia da Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

PERELMAN, C. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FORST, R. *Contextos da Justiça*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.

## 12. O NEOCONTRATUALISMO DE RAWLS<sup>1</sup>

### Introdução

A ideia de contrato social dominou os grandes tratados das teorias do Estado e da justiça ao longo da Filosofia Política Moderna. Hobbes, Locke, Rousseau e Kant são os melhores exemplos disso. Hegel já é uma exceção. Com Rawls, no final do século XX, a ideia volta com toda força. Sua justiça como equidade proporcionou um novo e amplo debate entre os teóricos da Filosofia Política contemporânea.

O intuito é apontar alguns aspectos que possam indicar a ideia de um novo contrato social na teoria da justiça como equidade. Algumas questões se impõem: Em que sentido há uma retomada dos autores clássicos do pensamento moderno a propósito de tal assunto? Que avanço trazem os princípios de justiça rawlsianos e até que ponto sua fundamentação é convincente? Contemplam eles efetivamente o conteúdo de um "mínimo existencial", fundamental para atender as condições materiais mínimas para uma vida digna?

O capítulo parte da colocação do problema central da Filosofia Política rawlsiana e aponta as condições dentro das quais se dá um procedimento justo. É dada uma ênfase à necessidade de um acordo em torno dos elementos constitucionais essenciais que compõem a concepção política de justiça. Merece destaque o direito ao "mínimo social", pressuposto do primeiro princípio de justiça e aqui denominado "mínimo existencial". É digno de nota o avanço do autor estadunidense no referente à ideia dos bens primários como complementares ao mínimo existencial e como necessários para o exercício pleno da cidadania. Defende-se a tese da prioridade do justo sobre o bem e não a sua "congruência", com destaque ao caráter político dos bens primários, isto é, a sua capacidade de justificação pública. A construção de princípios substantivos de justiça pautados num procedimento justo, isto é, equitativo, é uma das peculiaridades do neocontratualismo.

---

<sup>1</sup>Originalmente publicado na revista:  
<https://revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/fsu.2015.161.05>.  
Revisado, com alterações, para esta edição.

## 12.1 O neocontratualismo

O que, propriamente, caracteriza o neocontratualismo de Rawls? No início de sua obra *Uma teoria da Justiça* ele já dá uma primeira pista de seu projeto político: "O que eu tentei fazer é generalizar e elevar a uma ordem mais alta de abstração a teoria tradicional do contrato social representada por Locke, Rousseau e Kant" (RAWLS, 1997, p. VIII). Em que consiste propriamente esse contratualismo moderno, no qual Rawls diz se apoiar? O que é transferido e o que não é transferível num contrato social? Qual é a diferença entre o contratualismo moderno (Locke, Rousseau, Kant) e o chamado neocontratualismo de Rawls? Qual é o avanço de teoria da justiça do autor americano?

Na discussão desses temas é oportuno partir do problema geral de Rawls: Considerando o pluralismo razoável, qual é a concepção de justiça mais apta para orientar as principais instituições sociais, políticas e econômicas? Ou, nos termos do autor, "como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais, mas que permanecem profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis?" (RAWLS, 2005, p. 47). Em *O Liberalismo Político*, o autor pergunta: considerando a sociedade como "um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais, [...] como devem ser determinados os termos equitativos de cooperação?" (RAWLS, 2005, p. 22). Depois de oferecer várias alternativas de resposta, indica sua tese central: Os termos da cooperação são resultado de um "acordo entre cidadãos livres e iguais" (RAWLS, 2005, p. 23).

Mas esse acordo deve dar-se em "condições apropriadas". Entre elas há que se salientar que as partes devem situar-se equitativamente como livres e iguais; "vantagens de barganha" não podem ser permitidas; deve-se "abstrair as contingências do mundo social"; as partes precisam estar "simetricamente situadas" (RAWLS, 2005, p. 23)<sup>2</sup>. É dentro dessas condições que se constroem os princípios de justiça, ou seja, elabora-se uma concepção política de justiça. Eles não são, portanto, originários de uma ordem independente de valores. Trata-se, obviamente, de uma

---

<sup>2</sup> Sobre o véu da ignorância, ver Rawls, 1997, p. 146; Rawls, 2005, p. 22; Rawls, 2001, p. 85.

situação hipotética que o autor chama de “artifício da razão” ou “exercício mental”.

No neocontratualismo de Rawls não existe um conjunto de leis da natureza que sirvam de fundamento para as partes na posição original. Os princípios que orientarão a Constituição de um Estado são resultado de um procedimento de construção (estrutura) (RAWLS, 2005), numa situação de equilíbrio reflexivo (RAWLS, 2003, p. 40). No contratualismo moderno, que inclui grandes nomes como Hobbes, Locke e Rousseau, não há uma distinção entre o justo e o bem, nem uma prioridade do primeiro sobre o segundo. O contrato refere-se tanto ao justo quanto ao bem. Logo, são as leis civis que definem o bem e o mal; são elas as regras do justo e do injusto (cf. HOBBS, 1980). Em Hobbes, o pacto tem como base as leis naturais, no sentido de darem o conteúdo às leis positivas. No caso do “silêncio das leis”, é a elas que se deve recorrer (cf. HOBBS, 1980, p. 143). Para Locke, a propriedade é um direito natural, mas não inato. Efetiva-se pelo trabalho. O contrato social não pode, pois, violá-lo. Com relação às leis da natureza, defende a tese segundo a qual todos se tornam seus executores (cf. LOCKE, 1980). Quer com isso mostrar que não se pode transferir maior poder do que se tem. Como se pode observar, os contratualistas modernos são jusnaturalistas. O neocontratualismo rawlsiano abandona esta ideia. Não há leis naturais que fundamentam os princípios de justiça. Estes são objeto de construção (construtivismo político).

Além do mais, o contrato social de Rawls diz respeito somente ao justo e não ao bem. Envolve valores políticos e não valores éticos. Considerando a necessidade de um acordo, abstrai de qualquer conteúdo que possa informar às partes na posição original. Requer um procedimento em condições equitativas, tendo em vista um resultado justo. A propriedade privada, por exemplo, é um direito acordado e não natural. “Em suas deliberações racionais as partes não se veem obrigadas a aplicar nenhum princípio de direito e justiça determinado previamente, nem se consideram limitadas por ele” (RAWLS, 2005, p. 73). O importante é que seja um procedimento pautado na equidade. Dessa forma, cabe aos cidadãos especificar os termos equitativos da cooperação social (RAWLS, 2005).

Além do mais, o procedimento envolve princípios e não regras. A justiça procedimental pura somente refere-se à posição original e à construção dos princípios e não aos outros estágios da aplicação dos mesmos. Nestes, sobretudo

no legislativo, o que atingimos é uma justiça procedimental imperfeita. O véu da ignorância desaparece gradualmente. Temos que admitir a justiça dos princípios e isso é assegurado por um procedimento de bases equitativas (o que é justo). Afirma Rawls “o resultado da posição original produz, a nosso ver, os princípios de justiça apropriados para cidadãos livres e iguais” (RAWLS, 2005, p. 72). Por quê? Porque, conforme o mesmo, são pessoas razoáveis, em condições razoáveis, ou equitativas, que selecionariam certos princípios de justiça. O justo é resultado de um procedimento. Essa é a base da concepção de autonomia em Rawls.

Também em Kant o imperativo categórico é um procedimento; é um princípio de justificação de normas de ação. Trata-se de uma fórmula e que se aplica a tudo na vida. Em Rawls, os princípios de justiça não são fórmulas, mas princípios que enunciam conteúdos e se aplicam à estrutura básica da sociedade. Nem o imperativo categórico nem a posição original são construídos. Ambos são simplesmente estipulados. O que Kant e Rawls têm em comum são os procedimentos de construção – o imperativo categórico e a posição original (cf. FORST, 2010, p. 226). E o que é construído? Em ambos, é o conteúdo da doutrina (RAWLS, 2003). Pelo procedimento do imperativo categórico construímos normas de ação (função autolegisladora da razão). Concretizamos a lei moral como “ideia da razão”. Pela posição original, construímos os princípios da justiça. Estes têm em comum com o imperativo categórico o fato de valerem para todas as pessoas como livres e iguais. “Aplicam-se a nós quaisquer que sejam os nossos objetivos particulares” (RAWLS, 1997, p. 253).

Nessa construção dos princípios, temos de admitir que o resultado é justo. Os princípios são justos, as regras podem não ser, uma vez que são resultado do critério da maioria, que é aplicado no estágio legislativo. Ora, se do critério da maioria podem resultar regras injustas é compreensível que se justifique algum tipo de direito de resistência: Rawls o faz pela defesa da desobediência civil e pela objeção de consciência (cf. RAWLS, 1997, p. 363 e 368). É digno de nota que o autor defende uma “teoria constitucional da desobediência civil”. Portanto, embora contrária à lei, a desobediência civil não é um ato inconstitucional. O desobediente reconhece os princípios de justiça e em nome deles desobedece a uma determinada lei injusta.

A referência ao construtivismo político é clara. É o conteúdo de uma concepção política de justiça que é construído, isto é, os princípios de justiça, que devem orientar nossas principais instituições. Quem dá a base a esse procedimento é a concepção política de pessoa e de sociedade. Esta base não é construída. A concepção de pessoa como racional e razoável se espelha no exercício efetivo da capacidade de argumentação. "A capacidade de ter senso de justiça [qualidade moral da pessoa] se revela na argumentação dos cidadãos na vida política de uma sociedade bem ordenada" (RAWLS, 2005, p. 104). Também em Kant o procedimento do imperativo categórico tem uma base: a concepção de pessoas livres e iguais como razoáveis e racionais. Essas faculdades de racionalidade e razoabilidade estão "espelhadas" na condução do procedimento do imperativo categórico (cf. RAWLS, 2003, p. 276).

Deve-se salientar que na posição original, como procedimento de construção, o véu da ignorância é apenas um dos aspectos a ser considerado: diz respeito ao conhecimento. Mas, antes disso, temos que levar em conta as circunstâncias da justiça, bem como as "restrições formais ao conceito do justo" (RAWLS, 2001). As circunstâncias referem-se às "condições normais sob as quais a cooperação é tanto possível quanto necessária" (RAWLS, 1997, p. 126). Há uma identidade de interesses e um conflito de interesses. Quanto às restrições formais há que se salientar que os princípios devem ser gerais, universais, irrecorríveis e públicos (cf. RAWLS, 1997, p. 130). Atendidos esses quesitos, acrescenta-se o véu da ignorância. Trata-se de limitações ao conhecimento, tendo em vista o acordo sobre princípios de justiça. Essa ausência hipotética de determinações e limites à informação permite a autolegislação. É a autonomia política – herança da tradição rousseauiana e kantiana.

No que se refere ao procedimento proposto por Rawls, vale lembrar que ele distingue autonomia racional e autonomia plena. A autonomia racional "se expressa no exercício da capacidade de formular, revisar e procurar concretizar uma concepção do bem e de deliberar de acordo com ela" (RAWLS, 2005, p. 72). A autonomia plena é política e não ética e refere-se aos cidadãos na sociedade bem ordenada. Eles aceitam os princípios de justiça e agem em concordância com eles; "reconhecem tais princípios como aqueles que seriam adotados na posição original"

(RAWLS, 2005, p. 77).<sup>3</sup> Mas vale a pergunta: de que tipo de autonomia o autor está falando? Para construir princípios ou para selecioná-los? No *Liberalismo Político* Rawls diz que a posição original "produz" [yields] princípios (RAWLS, 2005). Em *Justiça como Equidade: uma reformulação*, o autor fala em procedimento de seleção; diz que os princípios de justiça são selecionados de uma lista dada (RAWLS, 2001, p. 83). Encontram-se na nossa tradição de filosofia política. Ora, essa reformulação minimiza a função do véu da ignorância. Se há uma seleção é porque se admite um conjunto de princípios já dados, testados e consagrados pela História. Se elaborássemos uma lista de direitos e liberdades fundamentais, sem o véu da ignorância, esta lista não seria a mesma, ou não se aproximaria em muito da que foi apresentada por Rawls? Não escolheríamos direitos e liberdades constantes das Constituições dos sistemas democráticos mais bem-sucedidos? Isso mostra que o conteúdo dos princípios de justiça é, de alguma forma, influenciado pelo desenvolvimento histórico e as escolhas feitas pelas partes não tem como "ignorar" isso.

## 12.2. Uma concepção política de justiça

A grande contribuição e avanço de Rawls referem-se ao objetivo central de sua teoria: construir uma concepção política de justiça,<sup>4</sup> concepção que envolve princípios substantivos de justiça, diferentemente de Kant, que defende uma concepção apenas formal de justiça. Estamos diante de um construtivismo político. Essa restrição ao domínio do político foi a alternativa encontrada para viabilizar um acordo em torno de princípios que deveriam orientar nossas principais instituições políticas, econômicas e sociais. Independentemente das convicções religiosas, éticas e filosóficas, esses princípios podem ser compartilhados pelos cidadãos. Que ela seja política significa que diz respeito somente à "estrutura básica" da sociedade e não à vida como um todo. Isso também permite sua autossustentabilidade, isto é, sua independência face às doutrinas éticas abrangentes, embora possa ser

---

<sup>3</sup> Sobre o assunto ver Weber, T., 2013, capítulo IV.

<sup>4</sup> Esse é o objetivo central perseguido em todo *O Liberalismo Político*. Ver esta delimitação no primeiro capítulo.

endossada por elas. O próprio senso de justiça e a concepção do bem são a base da sustentabilidade. Afirma Rawls: "Nenhuma doutrina abrangente é apropriada como concepção política para um regime constitucional" (RAWLS, 2005, p. 135). Elas envolvem determinadas concepções de bem, dificilmente justificáveis publicamente. Somente as ideias do bem, enquanto ideias políticas, são admitidas.

É fundamental perceber que essa concepção política de justiça é moral, mas não ética. "A teoria da justiça como equidade se restringe ao político (sob a forma de estrutura básica), que é apenas uma parte do campo da moral" (RAWLS, 2001, p. 15). Significa dizer que os princípios são constituídos por valores políticos e não por valores éticos. A diferença é que os primeiros são passíveis de justificação e deliberação públicas, os segundos não, pois são de ordem pessoal. Os primeiros referem-se às instituições políticas, sociais e econômicas, o que Rawls chama de estrutura básica da sociedade. Para isso é necessário e suficiente um acordo sobre os elementos constitucionais essenciais. Esse é o objetivo fundamental da posição original: chegar a um acordo prático sobre esses elementos, quais sejam:

- a) os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as prerrogativas do legislativo, do executivo e do judiciário; o alcance da regra da maioria; b) os direitos e liberdades básicas e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar (RAWLS, 2005, p. 227).<sup>5</sup>

Somente esses elementos entram no contrato social rawlsiano. É o consenso sobreposto, atingido no equilíbrio reflexivo. É um acordo de princípios e não de regras. Estas ficam para o legislativo. Temas controversos não entram na agenda política, pois não são elementos constitucionais essenciais. Exemplos: a propriedade privada dos meios de produção; o direito de herança (cf. RAWLS, 2005, p. 298). O direito de propriedade, no entanto, constitui direito fundamental e deve compor a lista dos direitos do primeiro princípio de justiça. O acordo é facilitado quando se refere somente ao direito de propriedade, sem incluir o direito de herança e de propriedade dos meios de produção. Estes, no entanto, podem ser incluídos no estágio legislativo, considerando a disponibilidade de "mais informações sobre as circunstâncias e

---

<sup>5</sup> Sobre os elementos constitucionais essenciais, ver, também, Rawls, 2001, p. 28.



tradições históricas de uma sociedade" (RAWLS, 2005, p. 298). Ocorre que neste estágio o véu da ignorância desaparece parcialmente.

A análise dos dois princípios de justiça enunciados pelo autor, sobretudo nas suas reformulações em *O Liberalismo Político*, reporta às questões de intenso debate para as democracias contemporâneas. O primeiro princípio, que diz respeito ao igual direito de todas as pessoas "a um projeto inteiramente satisfatório [*a fully adequate scheme*] de direitos e liberdades básicas" (RAWLS, 2005, p. 05) pressupõe, segundo o autor, um "princípio lexicamente anterior", qual seja "que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, ao menos à medida que a satisfação dessas necessidades seja necessária para que os cidadãos entendam e tenham condições de exercer de forma fecunda esses direitos e liberdades" (RAWLS, 2005, p. 07). A satisfação das necessidades básicas é condição para a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais. É o que hoje se chama de "mínimo existencial", como conteúdo da dignidade humana, fundamento da Constituição.<sup>6</sup> Ao referir-se às "necessidades mínimas dos cidadãos" (saúde, moradia, alimentação) para uma vida digna, Rawls chama atenção para um "mínimo social" como elemento constitucional essencial, isto é, "aquelas questões fundamentais em torno das quais, dado o fato do pluralismo, é mais urgente conseguir um acordo político" (RAWLS, 2001, p. 46). Uma concepção política de justiça deve incluir esse mínimo social na formulação de seus princípios, como garantia da proteção e promoção dos direitos fundamentais e de seu fundamento, a dignidade humana. Ainda em *O Liberalismo Político*, o autor explicita o conteúdo desse mínimo existencial como o "mínimo essencial" (p. 183) e escreve: "abaixo de um certo nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos e muito menos como cidadãos iguais" (RAWLS, 2005, p. 166). Ora, esse mínimo precisa estar assegurado por qualquer Estado Democrático de Direito.

No entanto, ao referir-se aos cidadãos e ao exercício pleno da cidadania, Rawls amplia a noção de "mínimo essencial" com a ideia dos "bens primários" (*primary goods*). Chega a eles ao explicitar o segundo princípio de justiça e lança a pergunta: quem são os menos favorecidos? O autor introduz a ideia dos bens

---

<sup>6</sup> Sobre o mínimo existencial em Rawls, ver Weber, 2013, capítulo VI – Para além do mínimo existencial em Rawls.

primários para mostrar que o exercício pleno da cidadania impõe exigências que ultrapassam a mera satisfação das condições materiais básicas dos cidadãos. Os menos favorecidos são aqueles que não tem os bens básicos assegurados. Para Forst (2010), o princípio da diferença, devidamente contextualizado, requer que a distribuição de bens sociais deve ser justificada aos menos favorecidos. Esse princípio da diferença é, certamente, o grande diferencial da teoria da justiça rawlsiana com relação ao utilitarismo. Uma sociedade justa permite e convive com as diferenças e até mesmo com a concessão de vantagens para alguns, desde que isso melhore a vida dos menos favorecidos. Não se trata de um maior bem para o maior número de pessoas. Minorias desfavorecidas não são aceitáveis numa sociedade justa.

Fica clara a vinculação da ideia dos bens primários com a concepção política de pessoa e de justiça. A definição de uma lista de bens primários necessários decorre desta concepção.

Dizer que o exercício pleno da cidadania inclui os bens primários indica claramente a necessidade, mas ao mesmo tempo a insuficiência do mínimo existencial. Mas quais são os bens primários exigidos? São coisas necessárias "como condições sociais e meios polivalentes para possibilitar às pessoas realizar suas concepções específicas do bem e desenvolver e exercer suas duas capacidades morais" (RAWLS, 2005, p. 307). São condições necessárias para a realização da concepção normativa de pessoa. Indica o que é necessário para que os cidadãos tenham uma vida digna. Na lista apresentada pelo autor aparecem os direitos e liberdades fundamentais, a liberdade de movimento e de livre escolha de ocupação, bases sociais do autorrespeito, etc. (cf. RAWLS, 2005, p. 181). Chama a atenção que a lista dos bens básicos incorpora os direitos fundamentais enunciados por ocasião da explicitação do primeiro princípio de justiça. Isso indica que também eles são bens (valores políticos).

É fundamental considerar que o mínimo existencial precisa estar assegurado nos princípios de justiça, embora esteja pressuposto nas formulações do primeiro princípio do autor estadunidense. Sua explicitação em *O Liberalismo Político* dá conta de sua importância na concepção política de justiça. É, dessa forma, elemento

constitucional essencial. A preocupação é o ser humano em suas condições de vida minimamente digna.

Os bens primários, no entanto, colocam exigências que vão além disso. Referem-se ao que os cidadãos precisam, não apenas como seres humanos, mas como “membros plenamente cooperativos da sociedade”<sup>7</sup>. O que está em jogo é a concepção política de justiça. É a realização da pessoa como cidadã. São dois níveis de necessidades a serem satisfeitas: as da pessoa como um ser humano e as da pessoa como cidadã – mínimo existencial e bens primários. Isso é algo totalmente novo no contratualismo de Rawls.

O mínimo existencial é condição necessária, mas não suficiente, para o exercício pleno da cidadania. Os menos favorecidos não são somente os que não têm garantido o mínimo existencial, mas também os que não têm realizados os bens primários. Rawls amplia o conteúdo do mínimo existencial para além das condições materiais básicas. Com os bens primários, a ênfase recai sobre as necessidades dos seres em sua condição de cidadãos (RAWLS, 2005). A realização dessas necessidades deve ser “publicamente aceita como benéfica e, por isso, considerada uma realização que promove as condições da cidadania para os propósitos da justiça política” (RAWLS, 2005, p. 179). É importante salientar que essa concepção política de justiça é liberal:

Isso significa que ela protege os direitos fundamentais conhecidos e lhes atribui uma prioridade especial. Também inclui medidas para assegurar que todos os cidadãos tenham meios materiais suficientes para fazer uso efetivo desses direitos fundamentais (RAWLS, 2005, p. 157 e p. 223).

Cabe destacar: a) A proteção dos direitos e liberdades fundamentais; b) a prioridade desses direitos e oportunidades sobre o segundo princípio – a justiça distributiva; c) garantias da efetivação do mínimo existencial ou “mínimo social”, isto é, das condições básicas para a realização dos direitos fundamentais. Estes direitos são invioláveis e inegociáveis, não porque são naturais ou retiram seu conteúdo das leis naturais, mas porque objeto de um acordo (consenso) na posição original. São

---

<sup>7</sup> Sobre o papel dos bens primários no exercício da cidadania, ver Weber, 2013, p. 213.

direitos com os quais pessoas livres e iguais concordariam. São direitos compartilháveis e de justificação pública. É isso que lhes dá legitimidade. Este é o princípio da autonomia política. O direito de propriedade pode ser citado como exemplo. Trata-se de um direito inviolável. Deve-se salientar, no entanto, que concepções mais abrangentes e controvertidas desse direito devem ser evitadas, isto é, não entram na agenda política. A propriedade privada dos meios de produção é o exemplo citado. Eles são de propriedade social.

A propósito do primeiro princípio de justiça, uma questão fundamental se impõe: como a lista de direitos e liberdades é elaborada? Por que esses direitos e não outros? Não sendo direitos naturais, onde buscá-los? Nas reformulações de sua teoria, Rawls dá uma atenção especial a essas questões.

Essa lista é formulada de duas maneiras: Uma é histórica, onde examina vários regimes democráticos e os reúne em uma lista de direitos e liberdades que pareçam básicos e seguramente protegidos naquelas que, historicamente, parecem ser os regimes mais bem-sucedidos (RAWLS, 2001). Esse tipo de informação, diz o autor americano, não está disponível para as partes na posição original: “Está disponível para nós – para você e para mim que estamos elaborando a justiça como equidade – e, por isso, esse conhecimento histórico pode influenciar o conteúdo dos princípios de justiça que permitimos às partes como alternativas” (RAWLS, 2005, p. 293).

Essa é a lição apreendida da crítica ao formalismo da moral kantiana feita por Hegel.<sup>8</sup> As conquistas da história influenciam a construção do conteúdo dos princípios de justiça, enquanto concepção política. Se o conteúdo dos princípios que “permitimos às partes” pode ser influenciado pelo conhecimento histórico, é porque não é qualquer princípio que pode ser publicamente justificado. Isso restringe o número de alternativas. As conquistas da história não são ignoradas. Elas não são afetadas pelo véu da ignorância. Significa dizer que nem toda lista dos direitos e liberdades fundamentais é construída. Boa parte dela é selecionada ou retirada das constituições democráticas mais bem-sucedidas. Boa parte, porque não se quer cair num determinismo histórico e sim permitir que novas opções (direitos) possam ser acrescentados e o são efetivamente. O procedimento é hipotético e a-histórico, mas

---

<sup>8</sup> Sobre essa crítica, ver, Weber, 2009. Todo livro trata desse assunto.

o conteúdo dos princípios não o é. A elaboração dos direitos e liberdades que compõe o primeiro princípio é influenciada pelas conquistas da história.

A segunda maneira de elaborarmos a lista de direitos é analítica: pergunta-se pelas liberdades necessárias para o desenvolvimento e pleno exercício das faculdades morais (o senso de justiça e a concepção do bem). A resposta a essa questão nos reporta àqueles direitos e liberdades enumerados naquela lista. Ou seja, o direito de propriedade, a liberdade de expressão, de participação política etc., são condições de possibilidade do desenvolvimento das faculdades morais. Não se desenvolve, por exemplo, o senso de justiça sem liberdade de expressão e o direito de participação política.

Não se pode esquecer que há um critério fundamental de validação desta lista. Os direitos e liberdades fundamentais, que constituem o primeiro princípio da concepção política de justiça, são passíveis de justificação pública e, como tais, invioláveis. É o fato de serem publicamente justificáveis que lhes concede "legitimidade política". Os valores éticos (concepções do bem) não se submetem a essa justificação. Por isso, a concepção de justiça é política (moral) e não ética. Isso significa também que não se pode apelar a doutrinas éticas abrangentes para justificar os elementos constitucionais essenciais que constituem a concepção política de justiça. Essa é, pois, o próprio conteúdo da "razão pública" (cf. RAWLS, 2005, p. 223).<sup>9</sup> Por isso que a suprema corte é um exemplo de razão pública por excelência. Ela é a guardiã dos "elementos constitucionais essenciais".

### 12.3 Prioridade do justo ou complementaridade entre o justo e o bem?

Um dos temas centrais da obra de Rawls diz respeito à relação entre o justo e o bem. Uma questão, de imediato, se coloca: Há uma "congruência" entre os dois ou o primeiro tem prioridade sobre o segundo? Em *Teoria*, a ideia da congruência é predominante; em *O Liberalismo Político*, no entanto, a tese da prioridade é amplamente defendida e indica o pensamento maduro do autor.<sup>10</sup> A sociedade democrática convive com distintas concepções de bem, que por vezes são

---

<sup>9</sup> Sobre uma lista de valores políticos, ver Rawls, 2005, p. 139.

<sup>10</sup> Sobre o tema ver, também, Sandel, 1998, capítulo final.

incompatíveis. Um acordo entre elas é praticamente impossível. A restrição aos valores políticos para possibilitar o consenso foi a solução encontrada. A consequência disso foi a fixação da prioridade do justo sobre o bem.

As doutrinas éticas abrangentes, que envolvem distintas concepções do bem, enquanto tais, não entram na agenda política, uma vez que são, em geral, altamente controversos. No entanto, podem endossar os princípios de justiça acordados pelas partes. "O liberalismo político apresenta uma concepção política de justiça para as principais instituições da vida política e social, não para a vida como um todo" (RAWLS, 2005, p. 175). Mas quais ideias do bem são admissíveis? A resposta é categórica: as que são compartilháveis pelos cidadãos livres e iguais e não pressupõem qualquer doutrina abrangente (cf. RAWLS, 2005, p. 176). As ideias do bem admitidas são, ou devem ser, pois, ideias políticas. Esse é o critério aplicável a qualquer concepção do bem que tenha a pretensão de validade política e pública.

Em *O Liberalismo Político* o autor fala em complementaridade entre o justo e o bem, tendo em vista que "uma concepção política deve basear-se em várias ideias do bem" (RAWLS, 2005, p. 175). São estas que dão estabilidade aos princípios de justiça, mas deve-se insistir: elas são ideias do bem que devem ser ideias políticas. Isso significa que o político é muito mais restritivo do que as ideias do bem. Muitas destas não são políticas, uma vez que não justificáveis publicamente, mas fazem parte de uma sociedade democrática. Esse é o sentido da prioridade do justo: "as ideias admissíveis do bem devem respeitar os limites da concepção política de justiça" (RAWLS, 2005, p. 176). A solução de conflitos de direitos e liberdades deve atender a um princípio básico: A prioridade da liberdade significa "que uma liberdade básica só pode ser limitada ou negada em benefício de outra ou de outras liberdades fundamentais" (RAWLS, 2001, p. 111).

É fundamental perceber que sem as garantias dos princípios políticos de justiça, as diferentes ideias do bem não têm como se realizar. Nesse sentido a pessoa de direito é uma espécie de "capa protetora" da pessoa ética. A efetivação dos valores éticos dos cidadãos deve contar com as garantias dos princípios constitucionais (do Estado) e, é claro, na medida em que não violam esses princípios do justo. Não é possível realizar todas as concepções do bem. É preciso ter um critério e este é o justo, isto é, o publicamente justificável. Diz Rawls:

As ideias do bem podem ser livremente introduzidas, quando necessárias, para complementar a concepção política de justiça, desde que sejam ideias políticas, isto é, desde que façam parte de uma concepção política razoável de justiça para um regime constitucional (RAWLS, 2005, p. 194).

Esta é uma resposta do autor às críticas comunitaristas que o acusam de estar o liberalismo fundado numa determinada concepção do bem ou de vida boa. Uma questão, então, se impõe: Quais são as ideias do bem admitidas pelos princípios de justiça e que satisfazem o critério referido, qual seja, o de serem compartilháveis por cidadãos livres e iguais e não terem como pressuposto nenhuma doutrina abrangente? Merecem destaque o bem como racionalidade e os bens primários. O primeiro refere-se ao “projeto racional de vida” dos membros de uma sociedade democrática. Os segundos dizem respeito às necessidades dos cidadãos para o exercício pleno da cidadania, isto é, para se realizarem como livres e iguais e como membros cooperativos da sociedade. Os bens primários são meios para a realização desses projetos de vida. Rawls fala em necessidades das pessoas em sua condição de cidadãos (RAWLS, 2005). Essas necessidades referem-se ao que deve ser “publicamente reconhecido” pelo “entendimento político” como benéfico para todos. Não são, pois, quaisquer necessidades que obtém o reconhecimento público. Na lista dos bens primários enumerados, além dos direitos e liberdades fundamentais, podemos encontrar as liberdades de movimento e livre escolha de ocupação; os poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade; renda e riqueza; as bases sociais do autorrespeito (RAWLS, 2005). Esses bens complementam a ideia do justo e não se opõem a ela. São de reconhecimento e justificação pública e, dessa forma, são valores políticos. Somente são excluídas aquelas ideias do bem que se mostrarem incompatíveis com os princípios de justiça. Significa dizer que são excluídos da “agenda política” os valores éticos controversos. Isso, obviamente, não lhes tira sua importância para as respectivas comunidades éticas.

É importante enfatizar que, com a ideia dos bens primários, Rawls avança em relação às garantias do mínimo existencial como condição de realização dos direitos fundamentais. Este mínimo pode atender as condições básicas de uma vida digna, mas não garante as exigências do exercício pleno da cidadania. Seu

neocontratualismo inova com elementos constitucionais essenciais ignorados pelos contratualistas modernos. Até o tempo para o lazer é um bem primário lembrado. A realização das pessoas como livres e iguais impõe exigências que vão além da satisfação das necessidades básicas, entendidas como um "mínimo social". A explicitação sobre os bens primários foi a resposta de Rawls aos comunitaristas sobre a alegação de que a justiça como equidade estaria baseada em uma determinada concepção do bem (pessoa e direitos fundamentais).

O debate com A. Sen (2011), a propósito das variações das pessoas com respeito às capacidades para a realização dos bens primários, é sugestivo. Dadas as grandes variações nessas capacidades, está em discussão o "mesmo índice de bens primários" para a satisfação das necessidades dos cidadãos. Rawls não nega essas variações, mas destaca apenas a necessidade de capacidades em um "grau mínimo" para possibilitar a participação dos cidadãos na condição de membros plenamente cooperativos da sociedade (RAWLS, 2005). A realização dos bens primários está diretamente ligada a essas capacidades. As variações abaixo desse "mínimo essencial", como nos casos de doença grave, requerem ações especiais do Estado, mais precisamente, exigem soluções do poder legislativo. O objetivo é recuperar essas pessoas para o exercício pleno da cidadania. O ponto de partida do autor estadunidense, portanto, envolve uma concepção de pessoa detentora de um mínimo de condições para esse exercício.

### **Considerações finais**

Pode-se questionar: Onde está propriamente o avanço de Rawls?

Primeiro, na ideia de justiça procedimental, onde o justo é resultado de um procedimento que, por sua vez, é justo por colocar as partes em condições equitativas. A ideia de justiça procedimental pura também traz em si a ideia de autonomia. Desse modo, se já é difícil um acordo sobre princípios de justiça, que se assegure, pelo menos, um procedimento justo para sua construção ou seleção. Pessoas situadas equitativa e simetricamente, submetidas a um véu da ignorância, construirão ou selecionarão princípios justos e é este, justamente, o primeiro caminho para que também um sistema público de regras seja instituído. Segundo,



na ideia de um mínimo social, enquanto constituído por um conjunto de necessidades básicas como condição para o exercício dos direitos e liberdades fundamentais. Não ocorre somente uma ênfase em direitos fundamentais individuais, mas também sociais, tais como a saúde e a habitação. O avanço está, sobretudo, em mostrar a insuficiência do mínimo existencial para o exercício pleno da cidadania, indicando sua ampliação com a ideia dos bens primários. Terceiro, na prioridade do justo sobre o bem. Um acordo em torno de princípios de justiça precisa estabelecer prioridades e fixar restrições. Foi o que Rawls fez com o justo em relação às diferentes concepções do bem. As ideias do bem não são, no entanto, excluídas, pois na medida em que são ideias políticas, fazem parte de uma concepção política e pública de justiça. A exigência é a de que sejam compartilhadas pelos cidadãos livres e iguais, isto é, que sejam de justificação pública. Outras tantas ideias do bem não entram na agenda política, pois são de foro pessoal ou de comunidades éticas. Por fim, na ideia de um construtivismo político. O que é construído são os princípios políticos de justiça e não normas de justificação moral, tal como em Kant. Não há nenhum conceito de justiça dado previamente do qual os princípios pudessem ser deduzidos. Isso consagra definitivamente o princípio da autonomia política.

Por outro lado, cabe também o questionamento: quais dificuldades podem ser apontadas?

Primeiro: as limitações requeridas pelo véu da ignorância. Até que ponto é possível e necessária essa restrição ao conhecimento, uma vez que partir do "mundo da vida" tornaria mais realistas e exequíveis os princípios de justiça. Mesmo sem véu da ignorância, os princípios escolhidos não poderiam ser os mesmos? Rawls diria que se trata apenas de um "artifício da razão", com vistas a um acordo político. Mas uma argumentação com vistas a este acordo não deveria efetuar-se a partir de um determinado contexto? Esse é, como sabido, um ponto central da crítica dos comunitaristas. O problema do filósofo americano, no entanto, está em como chegar a um acordo político sobre princípios de justiça sem que interesses particulares sejam temporariamente ignorados. Nesse caso, o afastamento de um determinado contexto parece se impor.

Além disso, é questionável até que ponto não tem razão os comunitaristas quando afirmam haver uma determinada concepção de bem implícita no conceito de

pessoa e de direitos e liberdades fundamentais apresentadas por Rawls. Tendo em vista que a posição do autor no referente às concepções do bem como ideias políticas (o bem como racionalidade e os bens básicos) responde apenas parcialmente a essa questão, a concepção normativa de pessoa parece pressupor mais do que uma concepção de conteúdo político. Outro problema está na falta de clareza em diferenciar ética e moral. Quando o autor fala em doutrinas morais abrangentes parece estar se referindo normalmente às doutrinas éticas abrangentes, pois são estas que não podem servir de base para os princípios de justiça. Nesse ponto, o autor diz claramente que a concepção política de justiça é uma "concepção moral", portanto não ética. Mas é duvidoso que apenas a distinção entre ética (valores pessoais, concepções do bem) e moral (normas de validade universal) seja capaz de solucionar o problema da fundamentação moral do político, pois pode haver, efetivamente, uma base ética na teoria política rawlsiana, encoberta.

Assim, fica, também, em aberto a questão relativa à adoção do critério da justificação pública ser ou não suficiente para a legitimação de valores políticos. Não se corre o risco de ignorar determinadas identidades éticas, tais como certas minorias, já sempre excluídas da vida política? A suposta neutralidade ética do Direito pode acarretar esse problema. E a questão dos incentivos: se o princípio da diferença prevê que os mais habilitados só podem receber vantagens se isto redundar em benefício dos menos favorecidos, não poderia disso resultar certo comodismo e conformismo? Por que trabalhar mais para receber salário melhor se isso implicar em aumento de impostos? Para Rawls a concessão de incentivos somente é justa se melhorar a vida dos menos favorecidos. Mas haverá, com isso, uma efetiva valorização do esforço dos mais talentosos? Haverá algum incentivo para a inovação? O mérito não precisa ser reconhecido e recompensado? Essas e muitas outras questões seguem em aberto, para serem pensadas e refletidas futuramente.

## Referências

FORST, Rainer. *Contextos da Justiça*. São Paulo: Boitempo, 2010.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1980 (coleção Os Pensadores)

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1980 (Os Pensadores).

RAWLS, John. *História da Filosofia Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Justice as Fairness: a restatement*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

SANDEL, M. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

SEN, Amartya. *A Ideia da Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia do Direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis – RJ: Vozes, 2013.

\_\_\_\_\_. *Ética e Filosofia Política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

## 13. JUSTIÇA E JUSTIFICAÇÃO

### Introdução

Quando o assunto é a determinação de princípios da justiça, o maior desafio é a justificação. "Como podem ser justificadas as normas – e quais são elas?" Com esta pergunta R. Forst introduz sua conhecida obra *Contextos da Justiça*. Ela é incorporada no presente livro como o problema central da justificação pública. Em torno dela giram os grandes tratados sobre a justiça, mas também as grandes controvérsias da Filosofia Política Contemporânea. Todo debate gira em torno do tipo de justificação necessário para validar princípios de justiça. Em que se fundamenta a "autoridade normativa" de uma concepção de justiça? O recurso à lei divina ou à lei natural ainda tem validade? Como chegar a um consenso em torno de uma teoria de justiça cujos princípios possam orientar nossas principais instituições sociais e políticas?

É da justificação que depende a legitimidade das normas que orientam as relações jurídicas, políticas e sociais de uma comunidade política (cf. FORST, 2010, p. 19). Para isso, são as boas razões que convencem e não o simples argumento de autoridade. De uma concepção de razão instrumental e monológica passamos a uma ideia de razão argumentativa e dialógica. Para a fundamentação de normas a única coerção válida num discurso universal é o do melhor argumento. Ocorre que nossas relações e condutas não se regem somente por normas jurídicas e políticas, mas também por normas éticas. O tipo de justificação a que estão sujeitas é a mesma para todas elas?

A controvérsia entre liberais e comunitaristas gira basicamente em torno desse problema. Afinal, o justo tem primazia sobre uma concepção comunitária do bem ou é este que se sobrepõe aos direitos fundamentais individuais? Forst, ao distinguir quatro contextos de justiça, evidencia diferentes contextos normativos e, portanto, diferentes formas de justificação. São estas que dão a respectiva legitimidade. A justificação pública é própria dos contextos jurídico, político e moral. Como o contexto ético é constituído por distintas concepções do bem das diferentes comunidades éticas, é tão somente para estas que a justificação é válida. No entanto,

os valores éticos, via de regra, não se prestam à justificação pública, a não ser que atendam certos critérios, como veremos.

O assunto é amplo e requer uma maior delimitação. O propósito aqui é tratar da justificação pública dentro de uma determinada teoria da justiça: a concepção política de justiça de Rawls. O assunto está diretamente relacionado ao equilíbrio reflexivo, ao consenso sobreposto e à razão pública. O intuito é explicitar essa relação e mostrar que as reformulações de *Uma Teoria da Justiça* efetuadas pelo filósofo americano foram decisivas para a devida justificação.

### 13.1 Uma concepção política de justiça<sup>1</sup>

Nas reformulações de *Uma Teoria da Justiça*, Rawls não se cansa de repetir que sua teoria da justiça como equidade deve ser entendida como uma concepção política e pública de justiça e não como uma doutrina moral abrangente, tese que, segundo ele próprio, não ficou clara naquela obra. *O Liberalismo Político* é uma demonstração incontestável dessa tese. Uma questão central é constantemente retomada: Considerando o pluralismo razoável, qual é a concepção de justiça mais apropriada para orientar nossas principais instituições políticas e sociais? Já nas primeiras páginas do *Liberalismo Político* encontramos esse problema na seguinte formulação: "como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais, mas que permanecem profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis" (RAWLS, 2000, p. 45). Essa questão é norteadora de todo desenvolvimento da teoria da justiça como equidade, sobretudo nas reformulações elaboradas pelo autor. A ideia de uma sociedade bem-ordenada precisaria ser mais realista.

O que efetivamente se quer saber é qual a concepção de justiça mais adequada para especificar os termos equitativos da cooperação social entre cidadãos livres e iguais? Que tipo de consenso é desejado? Que tipo de argumentos o justificam? O intuito é mostrar a importância dessa restrição da concepção de

---

<sup>1</sup> Esse tópico sobre a concepção política de justiça em Rawls foi parcialmente desenvolvido no livro *Filosofia do Direito: teorias modernas e contemporâneas da justiça*, no capítulo "Uma concepção política de justiça: J. Rawls". Thadeu Weber e Jardel de Carvalho Costa (orgs.). Acréscimos e reformulações, no entanto, foram feitas.

justiça ao domínio do político, para que possa ser publicamente justificada e endossada.

Para se vislumbrar um acordo em assuntos políticos, é de fundamental importância a distinção entre uma concepção política de justiça e as doutrinas morais abrangentes. A justificação pública refere-se à primeira e diz respeito ao fundamento comum possibilitado pelos princípios políticos de justiça, algo praticamente impossível quando se trata de doutrinas éticas abrangentes, a não ser que elas atendam os critérios da reciprocidade e da universalidade.

O que caracteriza propriamente essa concepção política de justiça nos termos rawlsianos? Que características deve ter uma concepção de justiça para torná-la política e pública? Três aspectos merecem ser considerados: 1. Ela diz respeito, tão somente, à estrutura básica de uma sociedade democrática (um regime democrático constitucional), isto é, refere-se às principais instituições políticas, sociais e econômicas de uma sociedade e não à vida como um todo. A principal referência é a Constituição. Estamos falando de um Estado Constitucional. Com isso, pode-se observar que a concepção política de justiça tem um alcance mais restrito do que as doutrinas éticas abrangentes como, por exemplo, o utilitarismo. Estamos falando de justiça política. Dizer que uma concepção de justiça é política significa dizer que ela é elaborada para "a estrutura básica de um regime democrático constitucional" (RAWLS, 2000, p. 221). Tem, portanto, um objeto bem específico.

2. Ela se apresenta como uma "visão autossustentada". Ela não deriva de uma doutrina abrangente (religiosa, filosófica ou moral). Aceitar uma concepção política não significa que se deva aceitar uma doutrina moral ou religiosa em particular (RAWLS, 2000). Uma concepção política de justiça é uma concepção razoável para a estrutura básica. Ela difere de doutrinas éticas porque estas são visões gerais e abrangentes, tal como o utilitarismo e a própria filosofia moral de Kant (cf. RAWLS, 2000, p. 55). Visar somente à estrutura básica da sociedade significa que envolve apenas as principais instituições políticas e sociais e não tem nenhum compromisso com determinada concepção do bem. Ela se sustenta por si mesma; é endossável pelas doutrinas abrangentes e razoáveis, mas não depende de nenhuma delas. A concepção política pode ser compartilhada por todos os cidadãos livres e iguais, independentemente de suas convicções religiosas e morais. Quando nos referimos

à sociedade bem-ordenada e a descrevemos como sendo aquela em que todos aceitam a mesma concepção de justiça, estamos também nos referindo a mesma concepção política de justiça, isto é, aos mesmos princípios de justiça política (cf. RAWLS, 2003, p. 11). Essa restrição da concepção de justiça ao domínio do político torna a noção de sociedade bem-ordenada mais realista, constatação feita pelo próprio autor. São os valores políticos que se aplicam à estrutura básica da sociedade. São, pois, publicamente justificáveis. Outros valores ficam para o projeto de vida pessoal dos cidadãos.

3. O conteúdo de uma concepção política de justiça "é expresso por meio de certas ideias fundamentais, vistas como implícitas na cultura pública de uma sociedade democrática" (RAWLS, 2000, p. 56). A formulação de uma concepção política de justiça não é feita em vista de alguma doutrina abrangente específica (RAWLS, 2000). Nesse sentido, pode-se dizer que a sociedade política é fechada. Não entramos ou saímos dela por vontade própria. Já nascemos dentro dela. A sociedade política não é uma associação. Esta é voluntária, aquela não. Além disso, o "pessoal e o familiar" são afetivos e o político não. As doutrinas religiosas, éticas e filosóficas constituem a "cultura do social", da vida cotidiana e suas associações, tal como as igrejas, universidades, clubes, etc, mas não do político (RAWLS, 2000). Este somente diz respeito aos valores políticos, expressos pelos princípios de justiça publicamente reconhecidos e, como tais, justificáveis, também publicamente.

A concepção política de justiça é, portanto conforme o autor, mais restritiva no sentido de referir-se às principais instituições da vida política e social e não à vida como um todo.<sup>2</sup> Não há "consenso sobreposto" possível sem essa restrição e mesmo assim Rawls reconhece a dificuldade desse consenso. Com isso, fica também evidenciada a prioridade do justo sobre o bem, uma das teses centrais do autor. Significa que as ideias do bem são aceitáveis, desde que a sua realização esteja em conformidade com os princípios de justiça. Ou seja, o desenvolvimento das ideias do bem deve respeitar os limites da concepção política e pública da justiça. A restrição das ideias do bem em relação ao justo é que elas devem ser ideias

---

<sup>2</sup> A Filosofia Moral kantiana é um exemplo de doutrina abrangente que se aplica a tudo na vida. Para isso basta ler a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, nas formulações do imperativo categórico.

políticas, isto é, devem poder ser compartilhadas por todos os cidadãos livres e iguais. A justificativa da desobediência a uma lei injusta deve, dessa forma, pautar-se em princípios políticos e não em razões de ordem moral e/ou religiosa. Essas razões podem ser arroladas para justificar uma objeção de consciência. Portanto, a desobediência civil pressupõe o reconhecimento de uma concepção pública e política de justiça e a legitimidade de uma Constituição. É em nome dessa concepção que ela é exercida.<sup>3</sup> Isso nos dá um claro indicativo da estreita vinculação entre os princípios políticos de justiça e a justificação pública. Esta não seria possível se a justiça como equidade fosse entendida como teoria moral abrangente.

É oportuno salientar que o objetivo dessa concepção política de justiça é conquistar o apoio de um "consenso sobreposto", mesmo que nunca atingível plenamente. Se aquela concepção não se vincula a nenhuma doutrina filosófica, religiosa ou moral específica, é porque abrange todas as doutrinas religiosas, morais e filosóficas ou pode ser endossada por elas. A noção de "consenso sobreposto" visa tornar mais realista a ideia de sociedade bem-ordenada. Os cidadãos afirmam ou podem afirmar a mesma concepção de justiça não pelas mesmas razões. Eles têm opiniões religiosas, filosóficas e morais diferentes e até mesmo conflitantes. Essa diversidade de opiniões e valores, que é própria de uma sociedade democrática, não impede que a concepção política de justiça seja um ponto de vista comum a partir do qual os elementos constitucionais essenciais sejam regulados (cf. RAWLS, 2003, p. 45). "Cidadãos democráticos que defendem diferentes doutrinas abrangentes podem-se pôr de acordo sobre concepções políticas de justiça" (RAWLS, 2003, p. 13). Esse acordo, ou "consenso sobreposto" gira, basicamente, em torno da igualdade política, da igualdade de oportunidades, do respeito mútuo e da garantia de reciprocidade econômica (cf. RAWLS, 2000, p. 7 e 185).<sup>4</sup> Esses são valores políticos, expressos pelos princípios de justiça para a estrutura básica. Numa sociedade bem-ordenada, a concepção política de justiça é afirmada por um "consenso sobreposto razoável". É, por isso, resultado de um "procedimento de construção", ou seja, o conteúdo dessa concepção política de justiça é objeto de

---

<sup>3</sup> Sobre os temas da desobediência civil e da objeção de consciência, ver Weber, Thadeu e Araújo Lima, Andrei. A justiça e o problema da obediência à lei injusta. VERITAS, Porto Alegre, vol. 65, nº 03, 2020.

<sup>4</sup> A vinculação entre consenso sobreposto e justificação pública será retomada em seguida.



construção e não de um ordenamento apriorístico da razão. Assim, da ideia de uma razão instrumental passamos à ideia de uma razão discursiva.

Além da concepção de justiça ser política, ela é liberal. Isso significa que ela especifica e protege os direitos e liberdades fundamentais, conforme apresentados na lista,<sup>5</sup> e lhes atribui uma "prioridade especial". Além disso, "inclui medidas para assegurar que todos os cidadãos tenham meios materiais suficientes para fazer uso efetivo desses direitos fundamentais" (RAWLS, 2000 p. 203 e 273). Esse aspecto está implícito no primeiro princípio de justiça, na medida em que pressupõe a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, para que possam exercer os direitos e liberdades fundamentais. A ênfase do caráter liberal está, portanto, na priorização dos direitos e liberdades fundamentais sobre o "princípio da igualdade equitativa de oportunidades" e o princípio da diferença (justiça distributiva). As questões que provocam maior divergência são retiradas da "agenda política", dentro de uma perspectiva liberal. Essa priorização dos direitos fundamentais sobre as concepções do bem é um aspecto decisivo na justificação pública. Como compartilhar uma concepção de vida boa? Dada a sua abrangência, é tarefa impossível e certamente nem necessária. As concepções de bem podem ficar para o projeto de vida pessoal. Não precisam ser compartilhadas. Não podem, no entanto, na sua concretização, criar conflito com os princípios da justiça.

O caráter liberal da concepção política de justiça está, principalmente, no fato de estabelecer essa prioridade de que gozam os direitos e liberdades fundamentais em relação às "exigências do bem geral". Não se pode falar em oportunidades iguais ou de que a distribuição de renda e riqueza deve beneficiar os menos favorecidos, sem antes assegurar os direitos e liberdades fundamentais. Mas isso, por sua vez, pressupõe inclui a satisfação das necessidades básicas materiais, o chamado mínimo social. Dentro do segundo princípio de justiça, o princípio da diferença, enquanto princípio de justiça distributiva, está subordinado ao princípio da igualdade equitativa de oportunidades. Isto é da essência do liberalismo político defendido por Rawls e o distingue claramente do comunitarismo. Prioridades e hierarquias precisam ser estabelecidas, com o intuito de administrar conflitos.

---

<sup>5</sup> A lista dos direitos e liberdades básicos é apresentada em *Uma Teoria da Justiça*, p. 65; *Justiça como Equidade: uma reformulação*, p. 62.

A dificuldade de um acordo sobre todas as questões políticas é, obviamente, notória. Rawls (2000) reiteradamente insiste em que o realmente “urgente” é um “consenso” sobre os “elementos constitucionais essenciais” e não sobre todos os valores políticos e muito menos sobre uma determinada concepção de bem. Eles são de dois tipos: A) “os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as prerrogativas do legislativo, do executivo e do judiciário; o alcance da regra da maioria”. Nesse caso é essencial o estabelecimento de um governo presidencialista ou parlamentarista. Isso é essencial para uma Constituição democrática. B) “os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar”. Cite-se aqui o direito ao voto, a liberdade de consciência e de pensamento, a liberdade de associação etc. Nos regimes livres, há poucas variações quanto a essa lista. Eles representam a concretização do princípio da dignidade humana e expressam seu conteúdo.

Além desses existem muitos outros valores políticos, mas que não constituem elementos constitucionais essenciais e nem são objeto da razão pública, mas que podem ser objeto de justificação pública. A ênfase, no entanto, é nos valores essenciais para uma Constituição democrática. Ora, Rawls deixa muito claro, sobretudo no *Liberalismo Político*, que “somente uma concepção política de justiça da qual se possa razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossem pode servir de base à razão e à justificação públicas” (RAWLS, 2000, p. 183). A restrição ao domínio do político dá à justiça como equidade a possibilidade desse tipo de justificação e lhe permite concorrer com outras concepções de justiça em condições de vantagem. A sua aplicação refere-se tão somente à estrutura básica da sociedade. Valores éticos e valores religiosos, por exemplo, envolvem distintas concepções de bem e, como tais, dificilmente justificáveis publicamente e nem é essa a pretensão.

### 13.2 O que é justificação pública?

Especificamente em Rawls, a justificação pública pressupõe a ideia de uma concepção política de justiça. Ora, uma sociedade bem-ordenada é aquela efetivamente regulada por essa concepção de justiça publicamente reconhecida. Ou

seja, uma sociedade bem-ordenada é aquela em que todos aceitam os mesmos princípios de justiça e orientam suas principais instituições de acordo com eles (RAWLS, 2003). Mas é preciso insistir: para que esse aceite fosse possível era necessário delimitar e explicitar melhor a concepção de justiça. Seria pouco realista se fosse entendida como uma doutrina ética abrangente. Era fundamental, então, que ela fosse situada no domínio do político.<sup>6</sup>

Assim, na medida em que esses princípios são reconhecidos por todos, eles fornecem uma “base comum a partir da qual os cidadãos justificam, uns para os outros, seus juízos políticos” (RAWLS, 2003, p. 38). Uma concepção política de justiça, e não uma doutrina ética, filosófica ou religiosa, é capaz de fornecer esse ponto de vista possível de ser aceitável para todos, a partir do qual os cidadãos podem encaminhar suas exigências às principais instituições da sociedade (RAWLS, 2003). O fundamental é que a concepção política de justiça de uma sociedade bem-ordenada estabeleça: “uma base comum a partir da qual os cidadãos justificam, uns para os outros, seus juízos políticos” (RAWLS, 2003, p. 38). Esse é o sentido da justificação pública. É em nome de princípios publicamente reconhecidos e endossáveis que a justificação ocorre.<sup>7</sup> As reivindicações políticas precisam ser feitas a partir de um fundamento comum. Esse fundamento comum é o domínio do político, orientado para a estrutura básica da sociedade e constituído pelos elementos constitucionais essenciais. Caso contrário, não é possível viabilizá-las. Além do mais, é preciso saber distinguir o que é essencial do ponto de vista de uma sociedade cooperativa e o que fica para o plano individual dos cidadãos, de acordo com suas concepções de vida boa. As concepções éticas envolvem distintas concepções de bem, dificilmente universalizáveis. Envolvem os projetos de vida pessoais dos cidadãos. Logo, não podem ser objeto de recurso para justificar valores políticos, mas podem conviver harmonicamente. O argumento da reciprocidade requer reconhecimento recíproco. Daí resulta a legitimidade e, também, a sua razoabilidade.

---

<sup>6</sup> Esse propósito norteou todas as reformulações e acréscimos de *Uma Teoria da Justiça* e expressas principalmente em *O Liberalismo Político*.

<sup>7</sup> Interessante destacar que o “Direito dos Povos” de Rawls também parte da “necessidade de afinidades comuns”, apesar da mistura de grupos com culturas diferentes (Rawls, 2004, p. 32).

R. Forst, ao discutir a pretensão de neutralidade ética do Direito liberal, dedica-se expressamente à distinção de valores éticos e valores políticos. O tipo de justificação é determinante. Se, conforme o autor, valores éticos controversos não podem ser o fundamento para normas universais, exige-se um tipo específico de justificação para estas (FORST, 2010). O autor adota o conceito de justificação pública de T. Nagel, expresso em dois argumentos: o da reciprocidade e o da universalidade. "O argumento da reciprocidade insiste que é imoral forçar alguém a compartilhar um fim sobre o qual não está convencido, mesmo quando a pessoa que exerce a coerção esteja convicta de que isso seria vantajoso para o outro" (FORST, 2010, p. 52). E quanto à universalidade, escreve: "Tal argumento pretende mostrar que é ilegítimo recorrer à *verdade* de uma concepção ética para justificar a coerção jurídica" (FORST, 2010, p. 53). Esses dois argumentos são o critério da justificação pública. O que não passa por eles não tem validade para todos. A justificação da coerção jurídica se dá a partir de leis e princípios jurídicos e morais. Em outras palavras, normas e princípios válidos para todos precisam ser justificados universalmente, o que não ocorre com as distintas concepções de vida boa.<sup>8</sup> A justificação moral, por exemplo, implica em dar razões que podem ser sustentadas por *cada* pessoa moral, e isso significa *por todas* elas (FORST, 2010). Fica claro, portanto, que diferentes contextos de justiça implicam em diferentes contextos de justificação.

Na distinção dos quatro contextos de justiça, o ético, o jurídico, o político e o moral, a pretensão de Forst (2010) é exatamente mostrar que a justificação das normas que devem valer para todos deve ser pública. Isso significa que deve ser possível tornar acessíveis suas razões ao discurso público<sup>9</sup>. Essa é a característica das normas jurídicas, políticas e morais, mas não das normas éticas, pois estas são públicas na medida em que valem para as respectivas comunidades éticas, mas podem não valer para outras comunidades. Dessa maneira, caso tiverem tal pretensão terão que atender a justificação pública, isto é, a reciprocidade e a

---

<sup>8</sup> No livro *Contextos da Justiça*, Rainer Forst desenvolve amplamente o critério da justificação pública. O capítulo quarto sobre "universalismo e contextualismo" é particularmente sugestivo para isso.

<sup>9</sup> Sobre a distinção entre ética e moral e a própria justificação da justiça é oportuna a elucidação de Forst em *Das Recht auf Rechtfertigung*, sobretudo p. 100 ss.

universalidade: precisam ser compartilháveis.<sup>10</sup>

Ora, a restrição da concepção de justiça ao domínio do político, em Rawls, visa rigorosamente possibilitar e atender a essa prerrogativa. É por isso que ela não pode depender de nenhuma doutrina ética abrangente. Ela tem auto sustentabilidade. O que lhe dá estabilidade é o possível endosso das doutrinas éticas abrangentes, ainda que por razões diversas. Uma teoria da justiça somente terá aceitabilidade se ela se pautar em princípios bem-ponderados e passíveis de atenderem a reciprocidade e a universalidade. A justificação pública está diretamente ligada ao consenso. Requer que premissas comuns das partes em desacordo sejam endossáveis e compartilháveis. Isso significa que devem ser publicamente justificáveis. Importante destacar que a concepção política de justiça, referida pelo liberalismo político, se apresenta não como correta, mas como razoável, ou como a mais razoável entre o conjunto das teorias concorrentes. Como já enfatizado, ela se refere tão somente aos valores políticos que são a base pública de justificação. Ela é razoável, segundo Rawls, a mais razoável entre as teorias razoáveis concorrentes, exatamente por se restringir ao domínio do político.

É oportuno destacar que a justificação, na perspectiva rawlsiana, se dirige aos que discordam de nós ou nos fazem algum tipo de oposição. Não haveria necessidade de justificação se não existissem “conflitos de julgamento” no referente às questões de justiça política (RAWLS, 2003). O que a justificação tem em vista é a demonstração da razoabilidade dos princípios a serem adotados como base para os juízos políticos. Se a concepção política estabelece uma “base comum” para os cidadãos é porque o intuito é convencer a todos de sua razoabilidade e não de sua veracidade. A justificação parte dessa base comum que, na prática, são os elementos constitucionais essenciais. Escreve Rawls, em *Teoria*: “Idealmente, justificar uma concepção de justiça perante alguém é oferecer-lhe a prova de seus princípios a partir de premissas que ambos aceitamos, tendo esses princípios, por sua vez, consequências que correspondem aos nossos juízos ponderados” (RAWLS, 1997, p. 647). Trata-se do critério de reciprocidade claramente atendido. Ocorre que uma

---

<sup>10</sup> Sobre a teoria da justificação normativa em Forst, ver GUEDES, Francisco Jozivan, A Teoria da justiça em Rainer Forst: crítica como justificação normativa. IN: *Filosofia do Direito: teorias modernas e contemporâneas da justiça*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021. (Thadeu Weber e Jardel Costa – organizadores).

prova, por si só, não é uma justificativa. “As provas tornam-se justificativas a partir do momento em que os pontos de partida são mutuamente reconhecidos” (RAWLS, 1997, p. 647). Essa é uma das principais razões para as reformulações efetuadas por Rawls de sua teoria da justiça. Somente uma concepção política de justiça torna possível um acordo e, pois, possibilita a justificação pública. É a partir de seus princípios que os cidadãos podem justificar seus juízos políticos uns para os outros, precisamente porque seus princípios e valores são compartilháveis. Isso pode levar os discordantes a endossar esses princípios, ainda que por razões diversas. Admite-se sua razoabilidade, embora não se insista na sua veracidade.

Saliente-se, em tudo isso, a importância da publicidade dos princípios de justiça. Essa é, aliás, uma das restrições formais ao conceito do justo (RAWLS, 1997). O que está em jogo é uma concepção comum de justiça e o conhecimento público é condição de sua validade e legitimidade. Rawls afirma: “A publicidade permite que cada um justifique a sua conduta perante todos os outros (quando sua conduta é justificável) sem frustrações ou quaisquer outras consequências perturbadoras” (RAWLS, 1997, p. 649). Assim, ela ajuda a estabelecer uma sociedade bem-organizada em torno de uma “atividade unificada”. Todos sabem que também os outros sabem e seguem os mesmos princípios de justiça. O que não é público não é compartilhável, uma vez que não é objeto de discurso público. A autonomia política, como se pode ver, está diretamente ligada à publicidade. Em *O Liberalismo Político*, Rawls insiste na necessidade de “satisfazer a condição de publicidade plena” para que possa haver “autonomia plena” para os cidadãos em geral. Afirma o autor: “somente quando justificação e explanação plenas da justiça como equidade existem publicamente, que os cidadãos podem chegar a entender seus princípios de acordo com a ideia da sociedade enquanto sistema equitativo de cooperação” (RAWLS, 2000, p. 123).

A justificação pública, portanto, é pautada na publicidade, isto é, em argumentos que se caracterizam pela universalidade e pela reciprocidade. “Quando depois de bem-ponderadas, as premissas e conclusões não são aceitáveis para todas as partes em desacordo, um argumento válido é insuficiente para a justificação pública” (RAWLS, 2003, p. 38). O sucesso de uma teoria da justiça, e essa é a pretensão de Rawls com sua justiça como equidade, depende de sua aceitabilidade

para *nossas* “convicções bem-ponderadas” e para as dos outros que discordam de nós, mas que podem endossar os princípios, dada sua razoabilidade e conhecimento público.

Vale registrar que Rawls reconhece a dificuldade de um acordo em torno de todas as questões políticas. Isso justifica a necessidade da restrição, como referido, aos “elementos constitucionais essenciais” (RAWLS, 2003, p. 39 e 2000, p. 277). Segundo o autor, pelos menos esses elementos deveriam ser objeto de um consenso. Nas palavras dele “é mais urgente” o consenso sobre esses pontos. Eles são, certamente, o objeto primeiro da justificação pública. É claro que existem valores políticos que não são elementos constitucionais essenciais, mas são objeto de justificação pública.<sup>11</sup> Como o intuito é mostrar a relação entre a concepção política de justiça e a justificação pública, reservamos esta prioritariamente aos elementos constitucionais essenciais.

### 13.3 Justificação pública e equilíbrio reflexivo

Falamos em juízos políticos e em acordo. Com a relação entre justificação pública e equilíbrio reflexivo Rawls quer mostrar que a justificação pública “não é mero acordo” (RAWLS, 2003).

Juízos refletidos são juízos bem-ponderados. Posições contrárias são rigorosamente consideradas mediante o exame das razões apresentadas. A ponderação é uma capacidade de comparar alternativas e avaliá-las de acordo com as *nossas* convicções refletidas. O que importa aqui são os juízos refletidos em termos de justiça política e não em torno de determinadas concepções de bem ou de vida boa. Eles são realizados dentro das condições em que “nossa capacidade de julgamento pôde ser plenamente exercida e não foi afetada por influências distorcidas” (RAWLS, 2003, p. 41). O “véu da ignorância” exerce um papel metodológico importante. Gera uma imparcialidade na construção de princípios passíveis de universalização. “Juízos refletidos são aqueles proferidos quando as condições são favoráveis ao exercício de *nossas* faculdades da razão e senso de

---

<sup>11</sup> A legislação fiscal e algumas leis que regulam a propriedade podem ser citadas como exemplos (cf. Rawls, 2000, p. 263).

justiça: ou seja, sob condições em que parecemos ter a capacidade, a oportunidade e o desejo de fazer um julgamento correto" (RAWLS, 2003, p. 41). A justificação pública não é, pois, um simples acordo. Existem muitos acordos sem a devida ponderação. Julgamentos corretos tomam conhecimento das alternativas e pesam seus argumentos sem preconceitos. Na interpretação de leis e princípios, as virtudes judiciais, por exemplo, incluem a imparcialidade e a prudência, indispensáveis para a emissão de "juízos bem-ponderados". Juízes e árbitros, por excelência, precisam desenvolver essas habilidades.

Quando o assunto é concepções de justiça, temos que admitir que divergências são absolutamente normais e bem-vindas. As oposições fomentam o esclarecimento. Elas exigem boas razões. Afinal, estamos tratando de uma sociedade democrática. Aliás, as divergências não se referem somente aos outros, mas também à nós mesmos. Achar que os próprios juízos são sempre verdadeiros indica falta de capacidade argumentativa e uma certa dose de dogmatismo.<sup>12</sup> O fato é que emitimos juízos contraditórios. O apelo à coerência é o mais razoável.

O equilíbrio somente é atingido quando diferentes concepções de justiça são examinadas e a força de seus argumentos é rigorosamente ponderada. A multiplicidade de concepções de justiça faz parte do pluralismo razoável de uma sociedade democrática. O equilíbrio reflexivo é atingido quando alguém considerou essas concepções de nossa tradição filosófica e avaliou os argumentos que as sustentam. O resultado disso é uma concepção de justiça razoável, sem a pretensão de ser verdadeira. A consideração dos argumentos opostos ou de argumentos que tentam falsear nossas hipóteses, aumenta, nas palavras de Popper, o "grau de corroboração" de nossas teorias (POPPER, 1975). Teorias que resistem às boas razões são razoáveis. Teorias que suportam severos testes de falsificação são, no mínimo, boas teorias. De uma função instrumental, a razão passou a ter uma função argumentativa. Ela perdeu seu caráter de ditar as normas; de ser fonte de autoridade para elas. Ela deve ser entendida como capacidade de fornecer "boas razões" para as normas (FORST, 2010). São as boas razões que importam e, se consideradas,

---

<sup>12</sup> Ao termo dogmatismo é dado um sentido kantiano, sobretudo o do prefácio da *Crítica da Razão Pura*, como significando uma razão sem crítica (cf. KANT, 1986, prefácio). Esse sentido se alinha bem ao que se pretende aqui dizer. O dogmatismo, muitas vezes, conduz ao fanatismo.



conduzem a um equilíbrio. A concepção política de justiça possibilita um fundamento comum a partir do qual os juízos bem-ponderados podem ser emitidos.

É exatamente isso que Rawls pensou ter feito. Considerou várias concepções de justiça, principalmente a mais em voga no seu contexto histórico, o utilitarismo. Pesou a força das razões que o sustentam e chegou a um equilíbrio: A justiça como equidade, entre as concepções de justiça encontráveis na tradição da Filosofia Política, é a mais razoável e a mais coerente. A sua restrição ao domínio do político lhe assegura a possibilidade de uma justificação pública. Torna o conceito de sociedade bem-ordenada mais realista, o que era seu objetivo. Ela é a mais razoável porque é a que "melhor se ajusta às nossas convicções refletidas e as organiza numa visão coerente" (RAWLS, 2003, p. 44). Dessa forma, está lançada a base da justificação pública. Pode-se observar que três ideias andam em paralelo: o equilíbrio reflexivo, a justificação pública e a coerência (entre as convicções refletidas). Juízos refletidos e bem-ponderados trazem em si a marca da coerência. Essa é a base da justificação pública.

Mas por que os valores políticos se prestam mais à justificação pública do que outros valores? Em outras palavras: por que os valores políticos superam outros valores em caso de um possível conflito? A resposta de Rawls é categórica: Porque eles governam a estrutura básica da vida social (RAWLS, 2000); são os que especificam os termos essenciais da cooperação social e não se referem à vida como um todo. Daí o vínculo estreito entre justificação pública e equilíbrio reflexivo. Este chega naturalmente à concepção política de justiça. Estão em jogo, conforme referido, os elementos constitucionais essenciais. Eles são publicamente justificáveis. Atendem a reciprocidade e a universalidade. As razões em favor deles são bem-ponderadas. O reconhecimento dos mesmos princípios de justiça faz com que a mesma concepção de justiça seja afirmada pelos juízos refletidos de todos. A justiça como equidade, enquanto concepção política razoável, pretende ser aquela que "melhor se ajusta a todas as nossas convicções refletidas e as organiza numa visão coerente" (RAWLS, 2003, p. 44).

### 13.4 Justificação pública e consenso sobreposto

O tema do consenso é constantemente retomado por Rawls e sua importância é destacada enquanto pretensão de ser uma alternativa ao utilitarismo. Não se trata de entrar no detalhamento desse assunto, mas apenas evidenciar sua estreita relação com a justificação pública.

Ficou evidenciado que o conceito de sociedade bem-ordenada se torna mais realista quando orientado por uma concepção política de justiça. Embora essa concepção deva ser a mesma, não precisa ser afirmada pelas mesmas razões. Os cidadãos têm interesses diferentes e as razões que os levam a entrar em acordo e estabelecer contratos também são as mais distintas. Mas isso não impede que a concepção política de justiça indique um "ponto de vista comum" a partir do qual os cidadãos resolvam seus conflitos e interesses. É preciso insistir que do ponto de vista da justiça política o importante são os "elementos constitucionais essenciais", conforme especificado. Isso não pode ser feito a partir de doutrinas éticas abrangentes. Não haverá concordância sobre nenhuma delas. No entanto, a partir de suas razões, elas podem endossar a mesma concepção política de justiça. É isso que Rawls chama de "consenso sobreposto razoável". Escreve: "Dizemos que numa sociedade bem-ordenada, a concepção política é afirmada por aquilo que denominamos um consenso sobreposto razoável" (RAWLS, 2003, p. 45). A concepção política de justiça cria uma estabilidade a partir desse endosso das doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis. Mas esse endosso somente é possível quando elementos constitucionais realmente essenciais estão em jogo, uma vez que esses são de interesse comum. Defini-los, portanto, é imprescindível.

Com a justiça como equidade, Rawls pensa ter atingido esse acordo, dentro de um pluralismo razoável. Ou seja, as características dessa concepção de justiça ajudam a que obtenha o apoio de um consenso das diferentes doutrinas. Essas características, como já foi referido, podem ser resumidas no que segue: "Suas exigências limitam-se à estrutura básica da sociedade, sua aceitação não pressupõe nenhuma teoria abrangente específica, e suas ideias fundamentais são familiares e extraídas da cultura política pública" (RAWLS, 2003, p. 46). São essas características que permitem o endosso das diferentes doutrinas abrangentes. Se uma concepção

de justiça não tiver o apoio de um número significativo de cidadãos “politicamente ativos”, ela não terá estabilidade e não será duradoura. Mas, em se pensando em estrutura básica da sociedade, mais concretamente, na Constituição e seus elementos essenciais, o acordo é possível, uma vez que esses elementos essenciais interessam a todos, ainda que por razões diversas. Esse endosso das diferentes doutrinas é condição para que uma teoria de justiça possa “servir de base pública da justificação para um regime constitucional” (RAWLS, 2003, p. 49).

As características da justiça como equidade, na medida em que é uma concepção de justiça pautada em valores políticos, visam atender essa base pública de justificação. É, por exemplo, publicamente justificável a necessidade da garantia dos direitos fundamentais; a definição das prerrogativas do legislativo, do judiciário e do executivo, etc. Em síntese, a justificação pública está alinhada ao consenso sobreposto, mas este somente é possível a partir da definição dos elementos constitucionais essenciais.

### **13.5 Justificação pública e razão pública**

Três ideias estão intrinsecamente ligadas para o que se pretende explicitar: a concepção política de justiça, justificação pública e razão pública. O objeto da razão pública é “o bem público”. Se o acordo em torno da concepção política da justiça diz respeito aos elementos constitucionais essenciais, também os limites da razão pública se referem a eles. Isso significa dizer que existem muitas questões públicas que não são objeto da razão pública, exatamente por não serem elementos constitucionais essenciais. A legislação fiscal, muitas leis que regulam a propriedade e a instituição de parques naturais, são exemplos disso.

Parece paradoxal que, quando se discutem as questões políticas fundamentais, os cidadãos devam respeitar os limites da razão pública. Limites são estabelecidos exatamente quando as questões políticas mais importantes estão em jogo. Será razoável e racional que os cidadãos apelem somente para a concepção política de justiça quando as questões básicas estão em jogo? Nesses casos o uso da razão pública não deveria ser ilimitado? M. Sandel chama a atenção para o caráter

extremamente restritivo da razão pública rawlsiana.<sup>13</sup> Isso pode ser verificado, segundo o autor, pelo tipo de argumentos que exclui, por exemplo, no debate sobre os temas do aborto e dos direitos dos homossexuais (cf. SANDEL, 2005). Sandel considera um equívoco excluir argumentos morais nesse debate.

Para o liberalismo político, o exercício do poder político é bem específico, isto é, só se justifica "quando é exercido de acordo com a Constituição cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossem" (RAWLS, 2000, p. 266). É esse endosso que dá legitimidade e estabilidade à Constituição.

Ora, o paradoxo desaparece na medida em que "a concepção política é sustentada por um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes e razoáveis" (RAWLS, 2000, p. 267). Não há acordo possível sem que limites ao uso público da razão sejam estabelecidos. Cada um argumentará em prol de sua doutrina ética abrangente. A possibilidade do endosso ocorre por se tratar de um interesse comum, passível de justificação pública. O que importa são os valores políticos de um regime constitucional. Outros valores, como os éticos, por exemplo, não são relevantes para a argumentação pública.<sup>14</sup>

Como já foi referido, o propósito de Rawls é elaborar uma concepção política de justiça que possa ser "objeto de um consenso sobreposto razoável". Ora, isso tem em vista precisamente, que ela seja "uma base pública de justificação" (RAWLS, 2003). A restrição ao domínio do político permite esse tipo de justificação. A insistência nos elementos constitucionais essenciais é uma prova disso. Esses elementos são indispensáveis para viabilizar uma sociedade cooperativa. Justificam-se por constituírem o "mínimo social" necessário para a participação dos cidadãos na sociedade. "Abaixo de um certo nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais" (RAWLS, 2000, p.

---

<sup>13</sup> O livro de Sandel, *O Liberalismo Político e os limites da justiça*, tem um tópico dedicado expressamente a uma crítica ao caráter restritivo da noção de razão pública de Rawls. Ver Thadeu Weber, *Os Limites do Liberalismo: uma crítica comunitarista*. Revista VERITAS, v. 63, n. 1, 2018.

<sup>14</sup> Sobre o tema da razão pública, ver WEBER, Thadeu. Uma concepção política de justiça. IN: *Filosofia do Direito*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021, Thadeu Weber e Jardel de Carvalho Costa (orgs.). Os últimos três parágrafos estão amplamente baseados nesse capítulo do livro.

213). Esse mínimo existencial, embora Rawls não se valha dessa expressão, é a base da justificação pública da concepção política de justiça, pois indica claramente o conteúdo da razão pública.

É importante destacar que além desse primeiro acordo sobre os princípios, e para torná-lo eficaz, é necessário um outro acordo. Esse diz respeito às "diretrizes da discussão pública e sobre que critérios decidem que informações e conhecimentos são relevantes na discussão de questões políticas" (RAWLS, 2003, p. 126). Isso é decisivo para tornar pública, determinada justificação. Com relação a isso, Rawls se refere a uma segunda parte de um "acordo original", isto:

Um acordo sobre os princípios de argumentação e as regras de verificação à luz das quais os cidadãos devem decidir se os princípios de justiça se aplicam, quando e até que ponto são satisfeitos, e que leis e políticas melhor condizem com eles nas condições sociais existentes (RAWLS, 2003, p. 126).

Portanto, não é qualquer tipo de argumentação que a torna pública. Existem certas exigências para tal. Para não se tornar mera "retórica", todas as formas de argumentação devem conter alguns "elementos comuns": "princípios de inferência e regras de evidência; têm de incorporar os conceitos fundamentais de julgamento, inferência e evidência, e incluir padrões de correção e critérios de verdade" (RAWLS, 2003, p. 130). Isso significa que além dos valores políticos da "justiça política", onde entram os direitos e liberdades fundamentais e oportunidades iguais, há um segundo tipo de valores políticos, objeto de um acordo na posição original: os "valores da razão pública". Estes referem-se às "diretrizes de discussão pública" e às "etapas necessárias para garantir que a discussão seja livre e pública, bem como informada e razoável" (RAWLS, 2003, p. 129). Aqui Rawls inclui também as "virtudes da razoabilidade e da boa-fé".

Essas são as bases que orientam a justificação pública. O acordo em torno de uma concepção política de justiça e dos princípios que a constituem somente é possível e legítimo se acompanhado de prerrogativas (diretrizes da discussão pública) que tornam a argumentação livre e pública. A virtude de razoabilidade inclui a reciprocidade.

O alcance da razão pública fica mais claro quando distinguido das razões não-públicas. O autor cita como exemplos de razões não-públicas, igrejas e universidades, sociedades científicas e grupos profissionais (RAWLS, 2000). É claro que o tipo de argumentação desenvolvida nesse âmbito de organizações é público, mas somente para seus membros e não para a sociedade política como um todo. Essas razões não-públicas constituem o que Rawls chama de "cultura de fundo" da sociedade civil.

Quando o assunto é o conteúdo da razão pública e mesmo o consenso sobreposto, outro argumento que conta decisivamente em favor da justificação pública é o fato da concepção política de justiça de Rawls ser liberal. Isso significa duas coisas: 1. Que ela "protege os direitos fundamentais", claramente referidos no primeiro princípio de justiça e encontráveis em regimes democráticos; 2. "Lhes atribui uma prioridade especial". Como resolver conflitos na concretização dos princípios de justiça sem o prévio estabelecimento de prioridades? Questões que geram muitas divergências precisam ser retiradas da "agenda política". Liberal significa que há uma prioridade desses direitos sobre quaisquer concepções comunitárias do bem. Além do mais, que a concepção política de justiça seja liberal significa que ela "inclui medidas para assegurar que todos os cidadãos tenham meios materiais suficientes para fazer um uso efetivo desses direitos fundamentais" (RAWLS, 2000, p. 203). Isso indica que um "mínimo social", aqui referido como mínimo existencial, é elemento constitutivo do conteúdo da dignidade humana, portanto, objeto da razão pública. Ora, direitos fundamentais, mínimo existencial e dignidade humana são o conteúdo da razão pública e, pois, justificáveis com razões públicas, bem como endossáveis por distintas concepções do bem. É esse endosso que confere legitimidade e estabilidade a uma concepção pública de justiça. Estamos falando de um liberalismo igualitário e não libertário.

A reiterada referência aos elementos constitucionais essenciais, conforme citados, tem como objetivo possibilitar um consenso e uma justificação com o "uso público da razão". Nos regimes democráticos livres há poucas variações quanto a esses elementos essenciais.

É nesse contexto que entra o Supremo Tribunal como o que Rawls chama de "exemplo de razão pública". Ele é o guardião da Constituição. Se a concepção política

de justiça diz respeito aos elementos constitucionais essenciais é por eles que a suprema corte deve zelar. É de sua competência exercer o controle judicial da constitucionalidade das leis. Para Rawls, "a razão pública é a razão de seu supremo tribunal" (RAWLS, 2000, p. 281).

### **Considerações finais**

A legitimidade das normas que orientam nossas relações políticas, sociais e jurídicas passa necessariamente pela possibilidade de justificação pública. Para isso era importante que se mudasse a própria concepção de razão da modernidade: de uma razão instrumental hobbesiana e praticamente ditatorial de Kant passamos a uma razão argumentativa em Rawls e, sobretudo, na democracia deliberativa de Habermas. A razão hobbesiana e kantiana, com as devidas diferenças, ordena e dita, mas não é argumentativa. A rawlsiana e a habermasiana se caracteriza pela possibilidade de apresentar "bons argumentos" ou boas razões. Especificamente, os princípios da teoria da justiça de Rawls atendem a essa exigência, uma vez que se restringem ao domínio do político e não abarcam teorias éticas abrangentes, como é o caso do construtivismo moral de Kant. É discutível se a posição original é o procedimento mais adequado para a construção dos princípios de justiça. Mas a restrição ao político favorece enormemente o resultado desejado por aquele procedimento. Argumentos são compartilháveis porque partem de um fundamento comum.

Assim delimitada, a fundamentação desses princípios obedece a um discurso universal onde o melhor argumento é a autoridade principal. Na medida em que se prioriza a estrutura básica da sociedade, com suas instituições jurídico-políticas mais importantes, abre-se o caminho para a justificação pública. Uma teoria da justiça ganha muito em justificação na medida em que se restringe aos valores políticos.

O fundamental é saber que a concepção política de justiça especifica e protege os direitos e liberdades fundamentais e estabelece prioridades, além de incluir um mínimo existencial capaz de possibilitar a efetiva concretização desses direitos. Somando-se a isso, com a necessidade da garantia da igualdade equitativa de

oportunidades e o atendimento do princípio da diferença viabiliza-se um consenso político, passível de ampla justificação e adesão de doutrinas éticas abrangentes razoáveis. Com isso, a estabilidade de uma sociedade, orientada por tais princípios, está assegurada.

Importante salientar que na justificação pública existem critérios a serem atendidos: a reciprocidade e a universalidade. Princípios e valores que não se submetem a isso ficam para os projetos de vida pessoal. Existem valores políticos e valores não-políticos. Nem todos os valores políticos são objeto da razão pública, mas podem ser publicamente justificados. As reformulações efetuadas por Rawls deram clareza à abrangência de sua teoria da justiça e, portanto, de sua justificação.

Uma leitura de Rawls a partir da distinção dos quatro contextos da justiça de Forst dá mais clareza à justificação normativa pretendida por aquele. Afinal, justificação ética e justificação moral são duas coisas bem distintas. Portanto, do ponto de vista da justificação a distinção entre ética e moral é fundamental, o que nem sempre é tão claro no referido autor.

Com a vinculação entre justificação pública e equilíbrio reflexivo fica claro que somente juízos bem-ordenados são capazes de merecer credibilidade pública. O conhecimento das alternativas e a ponderação de seus argumentos, a consideração das divergências e o exercício da imparcialidade e da prudência conferem razoabilidade aos princípios desejados. Tal é a pretensão dos princípios de justiça de Rawls.

A possibilidade de adesão das doutrinas éticas abrangentes aos princípios da justiça é a prova incontestável de sua validade e legitimidade. O consenso sobreposto indica para um ponto de vista comum a partir do qual os cidadãos podem administrar seus interesses e divergências. Esse ponto de vista comum, endossável pelas referidas doutrinas e por cidadãos politicamente ativos, pode servir de base pública de justificação.

Apesar das críticas feitas ao caráter restritivo da ideia de razão pública, ela tem o mérito de estabelecer limites para o tipo de argumentos aceitáveis na justificação pública. Não se trata de excluir argumentos morais do debate público quando o assunto é aborto e o direito dos homossexuais, conforme objeção levantada por Sandel. Esses assuntos não entram na agenda política e não são



objeto de razão pública, mas sim do estágio legislativo. O que está em jogo são os princípios políticos de justiça orientados para a estrutura básica da sociedade. A razão pública, e nesse caso a justificação pública, diz respeito aos elementos constitucionais essenciais. Sandel, em sua crítica a Rawls, confunde diferentes contextos normativos.

## Referências

FORST, R. *Contextos da Justiça*. São Paulo: Boitempo., 2010.

\_\_\_\_\_. *Kontexte der Gerechtigkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004.

\_\_\_\_\_. *Das Recht auf Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2014.

GUEDES, F. J. A Teoria da Justiça em Rainer Forst: crítica como justificação normativa. IN: *Filosofia do Direito: teorias modernas e contemporâneas da justiça*. Thadeu Weber e Jardel Carvalho (orgs). Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021.

KANT, I. *Kritik der reinen Vernunft I*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

\_\_\_\_\_. *Grundlegung zur Methaphysik der Sitten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp., 1986.

POPPER, S.K. *Conhecimento Objetivo*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1975.

RAWLS, J. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática. 2000.

\_\_\_\_\_. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SANDEL, M. *O Liberalismo e os Limites da Justiça*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

WEBER, T.; COSTA, J. C. (orgs.) *Filosofia do Direito: Teorias modernas e contemporâneas da justiça*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021.

\_\_\_\_\_. T. Os Limites do Liberalismo: uma crítica comunitarista. Porto Alegre: VERITAS, N. 63, N. 01. 323-340, 2018.

## 14. O DIREITO DE PROPRIEDADE: TRABALHO, LIBERDADE E JUSTIÇA<sup>1</sup>

### Introdução

O direito de propriedade deve ou não ser um direito fundamental? Como justificá-lo? Qual é, propriamente, seu conteúdo? Envolve o direito de herança e o direito de possuir meios de produção? Essas questões sempre foram objeto de muita controvérsia. Conflitos de toda ordem resultam na efetivação desse direito.

O objetivo desse capítulo é justificar o direito de propriedade como direito fundamental e, com isso, sustentar que deve integrar o conjunto dos "elementos constitucionais essenciais". Trata-se, por um lado, de uma conquista da história e, por outro, de um renovado acordo nas democracias deliberativas. Sistemas políticos que o aboliram fracassaram. O fim da União Soviética e a queda do Muro de Berlim, para citar apenas dois exemplos, são provas incontestáveis disso.

O tema, obviamente, não é novo e os tratados sobre o assunto são inúmeros. Autores, com as mais diferentes posições, já se ocuparam desse debate. O propósito, aqui, é se valer de algumas dessas abordagens que em muito contribuíram para a justificação desse direito, fazendo com que constasse das Constituições democráticas mais bem-sucedidas no mundo contemporâneo. Nunca é demais voltar ao tema, sobretudo no contexto em que se discute qual é propriamente a função desse direito e qual seu conteúdo.

A Constituição de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXII, consagra o direito de propriedade e no inciso posterior aduz sua função social. Sua justificação está ligada ao princípio da dignidade humana. O debate sobre o que compõe o mínimo existencial situa-se nesse contexto. Sobre seu conteúdo, no entanto, sobretudo no que se refere à função social, há muita controvérsia. O que são propriamente terras produtivas? Que índices de produtividade deveriam ser adotados? Como chegar a um acordo sobre isso em um país de proporções continentais? Qual é a relação entre valor e trabalho? Essas questões não estão respondidas e são de difícil acordo. O que se pode dizer, sem dúvida, é que o direito de propriedade é uma das formas de

---

<sup>1</sup> Originalmente publicado na revista: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/62>. Revisado, com alterações, para esta edição.

concretização do princípio da vontade livre e, enquanto tal, uma expressão do conteúdo da dignidade humana que, por sua vez, é um dos fundamentos da Carta Magna brasileira.

A resposta às referidas questões envolve, pelo menos, dois temas centrais: o problema da justificação do direito de propriedade e o da definição de seu conteúdo. Locke, Hegel e Rawls têm excelentes contribuições a dar.

#### 14.1 Direito de propriedade e trabalho (Locke)

O direito de propriedade constitui uma das bases das ideias liberais, defendidas por John Locke, em seu *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. O autor trata, inicialmente, de explicitar os pressupostos epistemológicos daquelas ideias. Demonstrou em seu *Ensaio Acerca do Entendimento Humano* que não existem princípios teóricos nem princípios práticos inatos e que, portanto, todo conhecimento é adquirido. Inata é, somente, a capacidade (cf. LOCKE, 1978). Ora, se não existem ideias e princípios práticos inatos é porque também não existe poder político que possa ser considerado inato. Também este é adquirido. O poder é de todos. Isso indica que o direito de propriedade, embora seja natural, também não é inato. Ser natural significa que é anterior ao pacto e independente dele. Se não é inato, é porque deve ser efetivado pelo trabalho. Ninguém nasce proprietário, mas apenas com o direito de sê-lo. Ter um direito, neste caso, é condição necessária, mas não suficiente para sua efetivação. Propriedade e trabalho constituem, pois, o binômio basilar do Estado moderno liberal.

Para chegar a esta conclusão, foi fundamental apresentar argumentos sólidos contra a existência de ideias inatas e mostrar sua origem empírica. Havia a necessidade de demonstrar que quaisquer princípios, ainda que evidentes, podiam ser questionados. A dificuldade de compreendê-los não os provaria inatos. A admissão de princípios inatos facilitaria em muito a crença de que tais princípios devem ser aceitos sem exame posterior. O dogmatismo seria o caminho natural. Governar os povos a partir disso era uma tarefa enormemente facilitada. A obra de Locke é um ataque frontal ao inatismo e ao dogmatismo, mas não ao direito natural.

A tese de que o trabalho é o fundamento da propriedade representa o argumento central de justificação do direito de propriedade como inerente a toda pessoa. A natureza deu tudo em comum ao homem, o trabalho o fez merecedor de exclusividade<sup>2</sup>. O pacto, isto é, o Estado, nasce do desejo de conservar os direitos naturais, tais como a vida e a propriedade. Ao definir poder político, Locke é enfático ao afirmar que ele diz respeito ao “direito de fazer leis com pena de morte e, conseqüentemente, todas as penalidades menores para regular e preservar a propriedade” (LOCKE, 1978, p. 34). Esse poder não é inato, mas nasce do pacto entre os homens. O Estado origina-se da expressa vontade da conservação dos direitos fundamentais naturais, entre os quais estão a vida e a propriedade. No *Segundo Tratado*, Locke é ainda mais explícito quanto à proteção da propriedade: “O objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidade, colocando-se eles sob governo, é a preservação da propriedade” (p. 82). Para Macpherson é a partir desse intuito “que é tirada a maioria das conclusões de Locke sobre os poderes e limites da sociedade e do governo civis” (MACPHERSON, 1979, p. 209).

É extremamente elucidativa a tese do empirista, expressa no *Segundo Tratado*, de que o seu intuito é “mostrar que os homens podem chegar a ter uma propriedade [...], e tal sem qualquer pacto expresso entre todos os membros da comunidade” (LOCKE, 1978, p. 45). Observa-se claramente que a propriedade não é um direito inato, mas, ao contrário do que sustenta Hobbes<sup>3</sup>, é um direito natural que antecede os governos civis e que precisa ser efetivado. É um direito que independe de consentimento. Não é, pois, objeto de pacto. “Chegar a ter propriedade” significa efetivá-la através do trabalho.

Mas porque o resultado do meu trabalho me pertence? A resposta é deveras contundente: porque eu tenho a propriedade de minha própria pessoa. Na interpretação de Macpherson “é preciso haver algum meio legítimo de apropriação individual, isto é, algum direito individual de apropriação” e esse direito é a

---

<sup>2</sup> Tese completamente oposta a esta é defendida por Proudhon, em sua obra *O que é Propriedade?* Afirma o autor, no capítulo III: “o trabalho não tem, por si próprio, nenhum poder de apropriação sobre as coisas da natureza” (p. 91).

<sup>3</sup> Para Hobbes, o direito de propriedade é objeto de pacto, podendo ou não ser assegurado pelo Estado. Não é, pois, um direito natural.

propriedade sobre sua própria pessoa (MACPHERSON, 1979, p. 212). No *Segundo Tratado*, lemos:

Embora a terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada homem tem a propriedade em sua própria pessoa; e esta ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo. O trabalho do seu corpo e a obra de suas mãos pode dizer-se, são propriamente dele (LOCKE, 1978, p. 45).

Aqui está a mais convincente justificação do direito de propriedade como direito fundamental. Violar este é violar a própria dignidade da pessoa. A propriedade de si próprio torna o resultado do meu esforço minha propriedade. A propósito, M. Merlo afirma: "a apropriação funda-se com efeito sobre a propriedade do corpo e da pessoa, ou seja, sobre o direito natural de cada um à autoconservação mediante os produtos do próprio trabalho" (MERLO, 1999, p. 157). A propriedade, além de um bem, deve ser entendida "como vida, liberdade e posses" (MERLO, 1999, p. 157). O critério de distinção entre o privado e o comum é o esforço pelo trabalho. Dessa forma, a propriedade, como direito, não deriva do Estado. Precede qualquer Constituição civil. O fato de o trabalho de um indivíduo lhe pertencer é a justificação mais plausível do direito de propriedade ser um direito natural. A apropriação individual justifica-se pelo fato dos homens terem o direito à conservação de suas vidas e pelo fato de ser o trabalho sua propriedade. Para isso, não há necessidade de consentimento alheio.

A pergunta que decorre logicamente disso refere-se aos limites da propriedade. Se o trabalho é o critério, a propriedade não deveria ser ilimitada?<sup>4</sup> Ora, se ela é um direito natural, existe, também, um limite proposto pela própria lei da natureza, qual seja, a efetiva capacidade de usufruir do resultado produzido. O excedente pertence a terceiros (cf. LOCKE, 1978). O mesmo ocorre quando o assunto é a propriedade da terra. A terra que é feita produzir pertence a quem a cultiva. É o trabalho que o fez merecedor. "A natureza fixou bem a medida da propriedade pela

---

<sup>4</sup> Macpherson discute de modo detalhado o problema das limitações da propriedade no que chama de "limitações transcendidas" e distingue três níveis: a) a limitação do desperdício; b) a limitação da suficiência; c) a suposta limitação de trabalho (Macpherson, 1979, p. 214). Mostra, sobretudo, como, com "a adoção do dinheiro", estas limitações podem ser consideradas superadas, o que torna a propriedade um direito ilimitado.

extensão do trabalho e conveniências da vida" (LOCKE, 1978, p. 48). Esses são, pois, limites naturais. É claro que no transcurso histórico, fatores externos alteraram essa relação propriedade/trabalho: a invenção do dinheiro foi o mais significativo. Ele permitiu um mercado de troca e a conservação e acúmulo de bens. Mas é importante registrar que ele foi objeto de "tácito acordo dos homens". A ampliação das posses e o direito sobre elas contaram com o consentimento de todos, ainda que não precisasse. O esforço e o mérito passaram a ser mais valorizados. E trabalho é mérito, é esforço. Isso precisa ser valorizado e recompensado.

O estabelecimento de limites à propriedade pela capacidade de fruição poderia indicar, já em Locke, uma certa função social da propriedade. Terras improdutivas pertencem a terceiros, a fim de que efetivem seu direito natural. É claro que a grande dificuldade é estabelecer os índices de produtividade. Mas o princípio motivador e fundamentador está expresso no *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. O uso do dinheiro, no entanto, parece minimizar a função social da propriedade, uma vez que permite troca, acúmulo, etc.

O importante é que pelo uso do dinheiro não se feriu o princípio do trabalho como fundamento da propriedade, mas antes se fortaleceu. O aumento da quantidade de propriedade (propriedade da terra, por exemplo) pelo trabalho e o consequente cuidado para que nada se estrague representa uma contribuição para o aumento das reservas da humanidade. Terras produtivas não podem ser limitadas em sua extensão. O cuidado e o zelo pela produção, ainda que trocada por dinheiro ou bens não perecíveis, constituem mérito e "direito peculiar" de quem assim procedeu. Tudo isso está justificado a partir da tese de que o homem é "senhor de si próprio e proprietário de sua pessoa e das ações ou do trabalho que executa". Tem, pois, "em si mesmo a base da propriedade" (LOCKE, 1978, p.51). Com isso, está, de certa forma, justificada a apropriação ilimitada. Com o uso do dinheiro, os limites naturais deixam de existir. Dessa forma, o direito de propriedade é um direito fundamental inviolável. Faz parte do que Rawls chama do conjunto dos "elementos constitucionais essenciais" (RAWLS, 2005).

É nesse contexto que precisa ser situado e entendido o binômio valor/trabalho. No desenvolvimento do capitalismo posterior a Locke, outros fatores se somaram ao trabalho para determinar o valor, mas as bases foram lançadas pelo

filósofo inglês.<sup>5</sup> No entanto, o “melhoramento pelo trabalho” constitui fator decisivo na composição daquele binômio. (Pesquisas dão conta de que os índices de produtividade nos Estados Unidos são seis vezes maiores do que no Brasil).

Está, pois, plenamente justificado o direito de propriedade. O direito é natural, mas sua efetivação depende do trabalho. É este, portanto, que justifica aquele direito.

## 14.2 Direito de propriedade e liberdade (Hegel)

Em Hegel, o direito de propriedade aparece como um dos direitos mais imediatos de concretização da ideia da liberdade. Sua *Filosofia do Direito* é uma demonstração inequívoca da efetivação de uma conquista da história: o princípio universal da liberdade que haverá de orientar todas as estruturas jurídicas e sociais. Ora, se a ciência do Direito tem a liberdade como pressuposta (e isso aparece claramente no segundo parágrafo da introdução), cabe a “ciência filosófica do direito” indicar suas formas de concretização.<sup>6</sup> E o direito de propriedade é uma delas. A vontade livre é o princípio a ser realizado pelo direito e, conforme anuncia no parágrafo 4 da *Filosofia do Direito*, “o sistema do direito é o reino da liberdade realizada”. Isso significa que “o conceito de liberdade se realiza efetivamente no mundo social através das instituições políticas e sociais em um momento histórico particular” (RAWLS, 2005, p. 377).

A pessoa do direito, enquanto capacidade legal, é o ponto de partida. Ser pessoa de direito significa ter competência para a titularidade de direitos. O direito abstrato, primeira figura da *Filosofia do Direito*, trata, pois, das formas mais imediatas ou dos direitos mais imediatos da pessoa do direito, enquanto sujeito de direitos. Ou seja, trata da estrutura racional das formas imediatas da vontade livre, no nível das instituições jurídicas e sociais.

A questão que, então, se impõe é esta: quais são as formas de concretização da ideia de liberdade ou da vontade livre? É exatamente aí que entra o direito de propriedade. A forma mais originária mediante a qual esse direito se efetiva ou

---

<sup>5</sup> Macpherson explora essa tese, obviamente, para criticar Locke.

<sup>6</sup> A introdução da *Filosofia do Direito* é a mais inequívoca exposição desse propósito (§ 21 – 30). Sobre o assunto, ver também Rosenfield, Denis, *Política e Liberdade em Hegel* e Dotti, J. E., *Dialética y Derecho*, entre outros.

efetiva a capacidade legal da pessoa é a posse, donde decorre o direito de uso. É pela posse que a pessoa se dirige ao mundo, como expressão de sua liberdade e com o intuito de satisfazer suas necessidades e desejos. "A pessoa deve dar-se uma esfera externa de sua liberdade, para que exista como ideia", sustenta Hegel (HEGEL, 1986, § 41). O direito de uso, decorrente da posse, é a forma mediante a qual a pessoa concretiza sua vontade livre numa realidade exterior. A posse determina a sua individualidade, mediante a apropriação das coisas do mundo (cf. WEBER, 1993, p. 67). Ela torna o indivíduo propriamente pessoa, pois efetiva a sua capacidade jurídica. O direito de posse é a primeira forma de realização da vontade livre. É por isso que o autor fala em "direito de apropriação" de todas as coisas. A ideia de pessoa de direito inclui necessariamente o direito de apropriação. O indivíduo se determina como pessoa afirmando sua vontade autônoma, expressa no direito de uso. A indeterminação da ideia da liberdade adquire uma primeira determinação nesse direito. Negar o direito de propriedade significa negar a própria capacidade jurídica da "pessoa de direito". Violar esse direito é violar o direito à dignidade, pois a propriedade é a expressão da vontade racional e autônoma da pessoa. O exercício do direito de propriedade é o ponto de partida da libertação do "sofrimento de indeterminação" (HONNETH, 2007, p. 98).

No entanto, a posse é insuficiente para constituir o direito de propriedade. Esta requer o reconhecimento de outras vontades. A propriedade, enquanto posse reconhecida, inclui um outro direito constitutivo do direito de propriedade: o direito de troca. Pode-se, então, falar em "propriedade plena e livre" (HEGEL, 1986). Ela se constitui de uso e troca, portanto, a possível decisão em relação as qualidades das coisas: poder usá-las ou poder trocá-las. A impossibilidade de tornar-se proprietário ou de dispor livremente de sua propriedade constitui a "alienação da personalidade" (cf. WEBER, 1993). Privar alguém de possuir propriedade é violar um direito de personalidade.

É importante salientar que Hegel consagra o direito de propriedade como primeira e imediata expressão da efetiva concretização da ideia da liberdade. O contrato é apresentado como formalização da garantia desse direito ou, como diz Marcuse, interpretando o texto hegeliano, o contrato é o instrumento que "assegura a instituição da propriedade", como decorrência do exercício do livre arbítrio



(MARCUSE, 1978, p. 184). O reconhecimento mútuo é a base de sua legitimidade. Dessa forma, o reconhecimento da propriedade, expresso no contrato, é o reconhecimento da vontade livre. Isso mostra que não há perda da extensão da liberdade, mas antes a garantia da mesma. Em seu comentário de Hegel, a propósito do reconhecimento, Valcárcel afirma:

Um indivíduo só é livre, quando é reconhecido como tal e só obtém esse reconhecimento quando tem mostrado seu poder sobre as coisas exteriores, objetos de sua vontade, que pode levar à cabo uma apropriação. [...] O processo não se completa senão até que outros indivíduos consintam com essa apropriação (VALCÁRCEL, 1988, p. 331).

O exercício da liberdade se dá por diferentes mediações. O reconhecimento da propriedade, através do contrato, é uma delas. Cumpre salientar que Hegel não justifica o direito de propriedade, pura e simplesmente, em vista das necessidades e desejos das pessoas, mas o faz como direito de personalidade; como direito da vontade livre. O respeito a ele é respeito à dignidade humana. Em síntese, pode-se dizer que em sendo a liberdade o princípio orientador e fundamentador das estruturas jurídicas e sociais, o direito de propriedade é a expressão mais imediata da realização daquele princípio. A pessoa de direito, enquanto capacidade legal, encontra na propriedade a efetivação dessa capacidade. Em outras palavras: a pessoa do direito como sujeito de direitos tem no direito de propriedade a sua realização e afirmação. Violar esse direito significa violar a própria pessoa de direito, em sua liberdade e dignidade, ou seja, significa negar um dos direitos de personalidade.

### 14.3 Direito de propriedade e justiça (Rawls)

O direito de propriedade está expressamente contemplado na formulação e explicitação do primeiro princípio de justiça de Rawls. Faz parte da lista de direitos fundamentais enumerados. No *Liberalismo Político*, assim se expressa: "entre as liberdades fundamentais da pessoa, está o direito de adquirir e ter o uso exclusivo da

propriedade pessoal" (RAWLS, 2005, p. 298). Esse direito encontra sua justificação no acordo das partes na posição original. Faz parte, portanto, dos "elementos constitucionais essenciais" em torno dos quais o acordo é possível e necessário. Já em *Uma Teoria da Justiça*, quando da apresentação de uma lista de direitos fundamentais básicos, o direito de propriedade é expressamente indicado.

É sabido que o autor defende uma concepção política de justiça, isto é, "elaborada para um tipo específico de objetivo, qual seja, para instituições políticas, sociais e econômicas", o que chama de "estrutura básica da sociedade" (RAWLS, 2005). Além disso, ela não deriva de nenhuma doutrina moral abrangente. Goza, pois, de autossustentabilidade. Isso significa que não se pode recorrer a valores éticos ou religiosos para justificar os direitos fundamentais. Não haveria acordo. Isso só é possível com os valores políticos. É o caso do direito de propriedade. A sua justificação como valor político é a condição de possibilidade de um acordo como elemento constitucional essencial. O estabelecimento dessas prioridades deve-se à efetiva possibilidade de sua proteção.

É importante salientar que o direito de propriedade ou o que Rawls chama de "direito de adquirir e ter o uso exclusivo da propriedade pessoal", consta da lista de liberdades fundamentais "verdadeiramente essenciais" para o desenvolvimento dos cidadãos (RAWLS, 2005). O estabelecimento dessas prioridades deve-se à efetiva possibilidade de sua proteção.

Mas como o autor elabora a lista de direitos e liberdades fundamentais especificados no primeiro princípio de justiça? A resposta encontramos no *Liberalismo Político* e em *Justiça como Equidade: Uma Reformulação*. Há duas maneiras de fazê-lo: a primeira é histórica e a segunda é analítica. Quanto à primeira, é preciso examinar os regimes democráticos mais bem-sucedidos e identificar os direitos e liberdades protegidos. O direito de propriedade, sem dúvida, estará entre eles. Certamente haverá uma grande semelhança com a lista apresentada por Rawls. A segunda envolve a concepção normativa de pessoa. Quais são os direitos fundamentais necessários para viabilizar o pleno exercício de suas qualidades morais, isto é, o senso de justiça e a concepção do bem? Que direitos precisam ser protegidos para o desenvolvimento dessas qualidades dos cidadãos? O direito de

propriedade é um dos que compõem a lista dos direitos enumerados (cf. RAWLS, 2005, p. 298 e cf. WEBER, 2013, p. 149).

Percebe-se que os direitos fundamentais têm, pois, uma dupla justificação: o sucesso histórico e o atendimento da efetivação das qualidades morais. O fundamental é perceber que as pessoas enquanto livres e iguais, investidas do “véu da ignorância”, concordariam com o estabelecimento do direito de propriedade no rol dos direitos e liberdades básicos. Isto porque, primeiro, consta da lista de direitos fundamentais contemplados pelas constituições democráticas mais bem-sucedidas e, segundo, porque é condição indispensável para a realização das qualidades morais dos cidadãos e o exercício pleno da cidadania. Não se desenvolve o senso de justiça e uma concepção do bem sem a garantia de certos direitos fundamentais, entre os quais é fundamental o direito de propriedade. Ele é inerente a concepção normativa de pessoa. O que está em jogo é a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, condição para o exercício dos demais direitos fundamentais. Dessa forma, o direito de propriedade é uma espécie de carro chefe dos direitos fundamentais. Sem efetivação dele, falta a base para satisfação das necessidades básicas dos cidadãos. Falta o componente indispensável que compõe o conteúdo do mínimo existencial. Esse é o significado da referência a um “princípio lexicamente anterior” ao primeiro princípio de justiça (RAWLS, 2005).

Mas o que se deve entender especificamente pelo direito de propriedade? Qual é o seu alcance? Se entre os direitos e liberdades fundamentais da pessoa está “o direito de adquirir e ter o uso exclusivo da propriedade pessoal”, qual é a função desse direito para o exercício pleno da cidadania, ou seja, para a realização política da pessoa e qual é propriamente o seu conteúdo? Para o autor, o objetivo é “permitir uma base material suficiente para haver um sentimento de independência pessoal e autorrespeito, ambos essenciais para o desenvolvimento e exercício das capacidades morais” (RAWLS, 2005, p. 298). O autor refere, inclusive, “as bases sociais do autorrespeito”. Ter e desenvolver senso de justiça e ter e desenvolver uma concepção do bem requer um sentimento de autorrespeito, proporcionado pelo direito de propriedade, efetivamente assegurado e concretizado. O autorrespeito faz parte da lista dos bens primários, fundamentais para o exercício pleno da cidadania,

uma espécie de mínimo existencial em sentido amplo. É por isso que se constitui num elemento constitucional essencial.

Há que se enfatizar que, ao fazer parte da lista dos bens primários, o direito de propriedade é condição do exercício da cidadania e não só elemento constitutivo do mínimo existencial em sentido estrito, isto é, da satisfação das necessidades básicas para uma vida digna. Rawls (2005) está se referindo "às necessidades das pessoas em sua condição de cidadãos", isto é, como livres e iguais, e não só à sua condição de seres humanos. O sentimento de independência e, por conseguinte, de autonomia, está diretamente ligado à possibilidade de efetivação do direito de propriedade. Em síntese: O desenvolvimento da concepção normativa de pessoa e o exercício pleno da cidadania requer o direito de propriedade assegurado.

No entanto, Rawls limita esse conceito de propriedade excluindo "duas concepções mais abrangentes". O "direito de herança" e "o direito de possuir meios de produção e recursos naturais" são excluídos desse direito de propriedade. Esses direitos, segundo o autor, "não são necessários para o desenvolvimento e exercício das capacidades morais" (RAWLS, 2005, p. 298). Isso não significa que não possam ser contemplados. Sua avaliação deve ser feita nos estágios posteriores, como, por exemplo, no estágio legislativo, tendo em vista circunstâncias específicas e aspectos históricos particulares de uma determinada sociedade. Mas eles não constituem elementos constitucionais essenciais. Sobre o direito de herança e sobre o direito de controlar os meios de produção, há muita controvérsia e dificilmente haverá acordo.<sup>7</sup> Devem, portanto, ficar fora da agenda política. Além do mais, não são indispensáveis para a realização das qualidades morais das pessoas, ou seja, da concepção política de pessoa. O exercício pleno de cidadania inclui o direito de propriedade, mas não necessariamente o direito de herança e o do controle dos meios de produção. A indicação das "bases sociais do autorrespeito", como bem primário, dá bem a ideia de que a propriedade dos meios de produção é de direito público. É fundamental perceber que a concepção normativa de pessoa requer a garantia de certos direitos

---

<sup>7</sup> Sobre o tema da propriedade e os meios de produção e o sistema de mercados, ver *A Theory of Justice*, p. 270 e ss. Rawls aponta a principal diferença entre uma economia de propriedade privada e o socialismo, no referente ao setor público. Também mostra como um sistema de mercados é consistente com seus princípios de justiça, ou seja, com as liberdades iguais e a igualdade equitativa de oportunidades.

e liberdades para a sua efetiva realização. O direito de propriedade é sempre lembrado e deve ser assegurado.

A delimitação do seu conteúdo, no entanto, deve-se ao fato da necessidade de se estabelecer prioridades tendo em vista possíveis conflitos com outras liberdades. Rawls limita os direitos fundamentais àqueles “verdadeiramente essenciais” a fim de efetivamente garantir a sua proteção. É o caso do direito de propriedade, nos termos definidos acima. Ele é um direito essencial para a realização da concepção política de pessoa. Para obter um acordo em torno dele, e poder assegurá-lo, os aspectos controvertidos devem ser retirados da agenda política e reintroduzidos no estágio legislativo.

### **Considerações finais**

A análise dos três autores indica claramente o direito de propriedade como direito fundamental de todo cidadão. Seja vinculado ao trabalho, seja uma forma de concretização da ideia de liberdade, seja como conquista da história, ou seja, enumerado no rol dos direitos que compõem os princípios de justiça, ele é, efetivamente, um elemento constitucional essencial. Estados democráticos de direito não podem ignorá-lo. É elemento constitutivo de uma sociedade justa.

A tese de que o trabalho é o fundamento do direito de propriedade reconhece e valoriza o esforço e o mérito, indispensáveis para a organização de uma sociedade justa. O fato de ser um direito natural não o torna imune às flutuações do mercado e dos interesses ideológicos de certas corporações, mas o garante como direito fundamental que nem mesmo o contrato social pode desconhecer. Dessa forma, pode-se endossar a tese de Jean-Philippe Lévy, segundo a qual a propriedade responde “a uma das necessidades da natureza humana”. Ela representa “o último refúgio capaz de garantir a segurança e a liberdade” (1973, p. 151). Macpherson, referindo-se à “contribuição de Locke”, afirma ser “a teoria da propriedade uma justificação do direito natural, não apenas à propriedade desigual, mas a uma apropriação individual ilimitada” (MACPHERSON, 1979, p. 233). A justificação estaria no fato de o trabalho do indivíduo lhe pertencer. Daí a qualificação de “individualismo

possessivo". Ignora, no entanto, o autor, que trabalho é mérito e esforço e que, por questão de justiça, precisa ser valorizado.

Tomar como ponto de partida de justificação o direito de propriedade a propriedade da própria pessoa é associá-lo à inviolabilidade de sua dignidade. Uma Constituição justa, que tem a dignidade como um dos seus fundamentos, haverá de garantir o direito de propriedade como constitutivo de seu conteúdo e como uma de suas formas de concretização. Caso contrário, a dignidade torna-se uma palavra vazia. A base do pensamento liberal está posta.

Justificar o direito de propriedade pela ideia da liberdade como conquista da história é apontar outro critério que não a exclusividade da autoridade da razão kantiana. Justificá-lo como expressão da liberdade é dar-lhe o caráter de inviolabilidade.

É significativo o avanço de Rawls no sentido de estabelecer, através do anúncio dos princípios de justiça, sobretudo o primeiro, a necessidade de satisfação das necessidades básicas dos cidadãos para uma vida digna, exigência esta imposta pelo próprio exercício dos direitos fundamentais, mormente o direito de propriedade. Este direito é, pois, componente do "princípio lexicamente anterior" ao primeiro princípio, o dos direitos e liberdades básicos, na medida em que é parte do conteúdo do mínimo existencial necessário para o exercício desses direitos. A importância do direito de propriedade está no fato de fazer parte de um conjunto de direitos que têm prioridade sobre o segundo princípio, ou seja, o que trata das desigualdades sociais e econômicas. O estabelecimento dessa prioridade dos direitos fundamentais lhes dá o status de inviolabilidade, uma vez que constituem o conteúdo base da dignidade da pessoa humana. Não podem, pois, ser restringidos em nome de quaisquer vantagens econômicas. A capacidade de serem membros cooperativos da sociedade e de poderem desenvolver o senso de justiça e uma concepção do bem requer que os cidadãos tenham seus direitos fundamentais assegurados. O direito de propriedade é decisivo, sobretudo no atendimento das condições materiais básicas para uma vida digna. Uma sociedade justa, fundada na dignidade, deverá apresentar garantias daquele direito como forma de concretização desta.

O que fica claro é que a motivação da instituição do Estado e sua manutenção quase sempre esteve ligado, e continua assim, à proteção do direito de propriedade.

Trata-se, pois, de uma conquista irreversível e inviolável da história. Assegurar a propriedade dos indivíduos e dar-lhes as garantias do seu devido uso e possível troca é a função fundamental do Estado. Isso está claro em Locke, faz parte da concretização da liberdade em Hegel e é componente constitutivo do mínimo existencial em Rawls. Assim, pois, os princípios de justiça, que orientam as principais estruturas jurídicas e sociais, devem contemplar, dentro de um conjunto de direitos fundamentais, o direito de propriedade. Isto inclui sua função social. Trata-se de um elemento constitucional essencial. Nenhum Estado Democrático de Direito pode ignorá-lo.

### Referências

HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, Os Pensadores, 1979.

HONNETH, A. *Sofrimento de Indeterminação: Uma reatualização da Filosofia do Direito de Hegel*. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

LÉVY, Jean-Philippe. *História da Propriedade*. Lisboa: Editorial Estampa, 1973.

LOCKE, J. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil/Ensaio sobre o Entendimento Humano*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MARCUSE, H. *Razão e Revolução*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

MERLO, Maurício. *Poder natural, propriedade e poder político em John Locke*. IN: O Poder: História da Filosofia Política Moderna. Petrópolis: Vozes, 2005.

PROUDHON. *O que é a propriedade?* Lisboa: Editorial Estampa, 1971.

RAWLS, J. *Do Liberalismo Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press. 1971.

\_\_\_\_\_. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. *A Justiça como Equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *História da Filosofia Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VALCÁRCEL, Amelia. *Hegel y la Ética*. Barcelona. Anthropos, 1988.

WEBER, T. *Ética e Filosofia do Direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis: Vozes, 2013.

ROSENFELD, Dennis. *Política e Liberdade em Hegel*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

DOTTI, J.E. *Dialectica y Derecho*. Buenos Aires: Hachette S.A., 1983.

MACPHERSON, C.B. *A Teoria Política do Individualismo Possessivo: de Hobbes a Locke*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.



## 15. HOBBS: UM POSITIVISTA OU UM JUSNATURALISTA?<sup>1</sup>

### Introdução

Na História da Filosofia Política os temas da segurança e da proteção dos direitos fundamentais têm sido objeto de muito debate e divergência. Seja nas relações internas dos Estados, seja nas relações internacionais, a preocupação central não tem sido outra: segurança e estabilidade. Os constantes atentados terroristas estão a exigir urgente aprimoramento dos serviços de inteligência e medidas de impacto para fazer frente à instabilidade vivenciada no contexto contemporâneo. O que está em jogo é a própria capacidade do Estado em dar conta da finalidade de sua instituição.

Em vista disso, a questão que se impõe é esta: que tipo de marco teórico pode fundamentar tomadas de decisão no campo jurídico-político? O debate entre positivistas e jusnaturalistas já rendeu excelentes resultados no referente aos modelos de justificação. A democracia saiu fortalecida. Os clássicos do pensamento político moderno são indiscutivelmente os que mais contribuíram no lançamento das bases do Estado de Direito.

T. Hobbes, um clássico da teoria geral do Estado e do contratualismo moderno, viveu intensamente os conflitos da guerra civil inglesa de 1642 a 1649. Sua principal obra – o *Leviatã* - precisa ser situada e interpretada a partir desse contexto. Trata-se de uma justificação do poder absoluto, então reinante em seu país. O diagnóstico de seu tempo e a necessidade de pensar uma atuação do Estado com plenos poderes para dar segurança aos cidadãos foi a alternativa criada. O acerto desse diagnóstico parece ser de extrema atualidade. As guerras civis se repetem. A violência desenfreada é um fato. Atentados terroristas são cada vez mais comuns. Escândalos de corrupção ecoam por toda parte. Os conflitos internacionais se avolumam. O clamor por segurança é geral e a insatisfação com a atuação do Estado o acompanha.

A difícil questão a ser resolvida refere-se ao tipo de Estado que queremos. Em que bases será legitimado? Quais são seus limites? Inúmeras respostas já foram dadas

---

<sup>1</sup> Originalmente publicado na revista:  
<https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/25455>. Revisado e ampliado para esta edição.

a estas questões. Liberais e comunitaristas divergem profundamente, sobretudo no que se refere aos limites de atuação do Estado. Positivistas e jusnaturalistas têm pontos de partida distintos para justificar a origem e a função do Estado. Afinal, quem tem razão: a esquerda ou a direita hegeliana? O fim da União Soviética e a queda do muro de Berlim não são provas inequívocas do fracasso da esquerda hegeliana? A saída do Reino Unido da União Europeia não representa o fortalecimento do nacionalismo, o Estado-nação hegeliano? As divergências são profundas. Voltar aos clássicos pode trazer importantes contribuições a esse debate.

Motivado pela discussão em torno do jusnaturalismo e/ou positivismo de Hobbes, o intuito é apresentar o referido autor como legítimo representante do jusnaturalismo<sup>2</sup>, contrariando, em parte, a tese de Bobbio que o situa entre os positivistas.<sup>3</sup> Por que essa discussão é relevante? Porque está em jogo a base de justificação do próprio contrato social. Afinal, a lei positiva deve fundamentar-se na lei natural e tirar dela seu conteúdo ou ela é legitimada pelo pacto e não tem nenhuma relação com a lei natural? Existe uma relação entre moral e direito? Como fundamentar normas? Além disso, o propósito nesse artigo é investigar até que ponto a concepção antropológica hobbesiana é decisiva para justificar uma determinada espécie de governo a ser adotada. Que analogia pode-se fazer entre o diagnóstico de Hobbes e o contexto social e político atual? Enfim como ler Hobbes para ler o mundo hoje?

## 15.1 A concepção de natureza humana

### 15.1.1 A igualdade natural e o diagnóstico da insegurança.

É interessante a analogia que se pode estabelecer entre “a condição natural da humanidade”, descrita por Hobbes no *Leviatã*, e o contexto de instabilidade e insegurança que vivenciamos em pleno século XXI. Hoje, apesar dos inúmeros anos que nos distanciam desse pensador e os muitos contratos e acordos nacionais e internacionais, não parece termos evoluído muito na realização dos objetivos que

---

<sup>2</sup> Podemos adotar a definição de jusnaturalismo elaborada por Bobbio. Para ele, jusnaturalistas são “aqueles sistemas de ideias” para as quais “além do direito positivo (...), existe o direito natural” e este é “superior” ao direito positivo (1991, p. 138).

<sup>3</sup> Ver BOBBIO, N. *Thomas Hobbes*, principalmente capítulo 4.

motivaram a criação do Estado: a paz e a segurança.

Há um ponto de partida comum aos contratualistas modernos: Os homens são naturalmente iguais. Não se está falando da igualdade perante a lei, mas no que diz respeito às qualidades físicas e intelectuais. Hegel é um dos modernos que contesta esta tese,<sup>4</sup> pois sustenta que a sociedade civil é marcada profundamente pela desigualdade natural, sobretudo pelas habilidades dos indivíduos, condicionados por "circunstâncias contingentes" (HEGEL, 1986, § 200, p. 353). Hobbes, ao referir-se à condição natural da humanidade, é categórico: a natureza fez os homens iguais, ou como afirma em *Do Cidadão*: "Todos os homens são naturalmente iguais entre si" (1992, p. 33), isto tanto no referente às faculdades do corpo quanto às do espírito (1979, p. 74). A confirmação dessa tese vem da nona lei da natureza, assim enunciada no capítulo XV do *Leviatã*: "Que cada homem reconheça os outros como seus iguais por natureza" (p. 92)<sup>5</sup>. A consequência direta disso é que da "igualdade quanto à capacidade deriva a igualdade quanto à esperança de atingirmos nossos fins" (1979 p. 74). Os homens têm apetites pelas mesmas coisas que nem sempre podem ser desfrutadas por todos e é essa igualdade quanto à satisfação de expectativas os torna inimigos, ou seja, desde Hobbes a escassez de bens é vista como uma das principais causas de conflitos.

Desse ponto de partida decorre toda uma descrição da situação em que os homens se encontram em sua condição natural, isto é, anterior à celebração de um contrato social ou na ausência de leis capazes de inibir e regular sua conduta. Se Aristóteles acreditava na sociabilidade natural humana e, sobretudo, de que o homem nasce para a cidadania (ARISTÓTELES, 1979), Hobbes é cético em relação a isso. Os homens não são naturalmente sociáveis<sup>6</sup>. Rousseau comunga dessa tese, embora por razões diferentes. Para Hobbes, o homem é insociável porque é desconfiado. Para Rousseau, o homem é insociável porque é autossuficiente. "Quando não existe um poder capaz de manter a todos em respeito", sustenta Hobbes, "os homens não tiram prazer algum da companhia uns dos outros" (1979 p. 75). Na ausência de um "poder comum" o que os caracteriza é a "luta de todos contra

---

<sup>4</sup> Ver HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, capítulo sobre a Sociedade civil, principalmente § 200.

<sup>5</sup> Sobre a igualdade natural no estado de natureza e suas implicações, ver Kersting, 2001, p. 98.

<sup>6</sup> Kersting fala em "déficit de sociabilidade", inscrita na natureza humana. Cf. 2001, p. 93.

todos”<sup>7</sup>. Esta é motivada por três causas: a competição, a desconfiança e a vanglória. Pela primeira, o que visamos é o lucro, pela segunda, a segurança e pela terceira, a reputação. Bobbio (1991) resume isso dizendo que para Hobbes o que “impulsiona o homem contra o homem é o desejo inesgotável de poder. Esta tese, aliás, é amplamente desenvolvida em capítulo específico do *Leviatã*, que pode ser sintetizado na seguinte afirmação do autor: “Assinalo assim, em primeiro lugar, como tendência geral de todos os homens, um perpétuo e irrequieto desejo de poder e mais poder, que cessa apenas com a morte” (BOBBIO, 1979, p. 60). O acerto dessa caracterização é de indiscutível atualidade. Há que se salientar que o desejo de poder é da natureza humana, não sendo, pois, de todo negativa. Tudo depende do uso que dele se faz.

É preciso insistir que, ao caracterizar o estado de natureza, o autor não está falando de um estado primitivo ou de uma situação hipotética<sup>8</sup> e, sim, se referindo ao ser humano tal como ele é e como agirá na ausência de leis e do temor do castigo que elas representam. No prefácio da obra *Do Cidadão*, Hobbes enuncia o que chama de “princípio” conhecido de todos os homens: “As disposições dos homens naturalmente são tais que, a menos que sejam restringidos pelo temor a algum poder coercitivo, todo homem sentirá desconfiança e temor de qualquer outro” (HOBBS, 1992, p. 16). Santillan destaca as características imutáveis do ser humano ao referir-se ao estado de natureza de Hobbes. Sustenta que este “apresenta uma ideia fixa e imutável do ser humano” (1988, p. 112), sendo grande o risco de cair num determinismo. Qual seria, então, ainda o papel da educação? O absolutismo não será a única alternativa encontrada e justificada? O fato é que, segundo a análise do autor, a concepção de natureza humana determina o papel do Estado. A força das paixões requer a atuação de um poder absoluto, exercido pelo Estado.

De qualquer sorte, a caracterização da condição natural da humanidade hobbesiana pode ser considerada ainda hoje um perfeito diagnóstico da situação de

---

<sup>7</sup> Ver caracterização do estado de natureza hobbesiano feita por W. Kersting em *Filosofia Política del Contractualismo Moderno*, p. 93. Também Leo Straus, *The Political Philosophy of Hobbes*, cap. VII, p. 108.

<sup>8</sup> Macpherson discorda e sustenta ser o estado de natureza uma “hipótese lógica, não histórica” (1979, p. 30). Estaria Hobbes pensando numa situação de ausência da lei ou na guerra civil de seu país? A segunda alternativa enfraquece a tese de Macpherson.

insegurança em que vive nossa sociedade, embora dentro do Estado. É a sua incapacidade de oferecer as garantias constitucionais, que nos leva a buscar no *Leviatã* de Hobbes possíveis causas que explicam tamanha insegurança. Encontramo-nos numa condição de “guerra de todos contra todos”, uma vez que vivemos um tempo em que o “poder comum” não é capaz de manter a todos em respeito e segurança. A luta pelo poder não tem limites. O autor acerta ao dizer que a condição de guerra não consiste propriamente numa batalha, mas na situação de instabilidade originada pela ausência das garantias de paz. É exatamente o que estamos vivenciando.

Entretanto, o problema hoje não gira em torno da inexistência de leis, mas na ineficácia delas, seja por inoperância do Estado em aplicá-las, seja pela ausência do senso de justiça dos cidadãos. Com tal ineficiência do poder público, voltamos à “condição natural” de instabilidade política, social e econômica. É importante salientar que não é só a guerra que desestabiliza, mas também a constante disposição para ela. “A competição pela riqueza, a honra, o mando e outros poderes leva à luta, à inimizade e à guerra, porque o caminho seguido pelo competidor para realizar seu desejo consiste em matar, subjugar, suplantar ou repelir o outro” (HOBBS, 1979, p. 60). Para usar a terminologia hobbesiana, o que nos deixa inseguros para viajar de férias, por exemplo, não é a chuva, mas a “tendência” para chover. A instabilidade é que nos deixa inseguros, seja de que ordem ela for. É, como diz o autor, a “conhecida disposição” para lutar que provoca a instabilidade política e social.

É claro que Hobbes está pensando na guerra civil inglesa e na convulsão social que ela provocou em seu país. A analogia com o nosso contexto, no entanto, é notória. O que o autor descreve como condição natural (anterior ao Estado ou na condição da ausência das leis ou de sua eficácia no Estado) ou mesmo na guerra civil que viveu em seu país, vive-se também hoje dentro de alguns Estados e nas relações internacionais. Não é, pois, uma situação hipotética que o autor está descrevendo, conforme interpretação de Santillán (1988) e de Macpherson (1979), mas uma situação real, tal como ocorre hoje em muitos Estados, em guerras civis e

mesmo nas relações interestatais<sup>9</sup>. Hobbes é, sem dúvida, um autor rigorosamente realista. Mas não podemos deixar de relacionar, que sua concepção de natureza humana certamente tem como motivação inicial a guerra civil de seu país, porém seu alcance vai muito além disso. Bobbio (1991) tem razão ao caracterizar esse estado de natureza hobbesiano como situação de guerra civil, portanto, uma situação “antiestatal” e como de instabilidade nas relações internacionais, o que chama de “interestatal”. Macpherson diz ser o estado de natureza a “afirmação quanto ao comportamento a que seriam levados os homens (como agora são, indivíduos que vivem em sociedades civilizadas e que tem desejos de homens civilizados) se fosse suspensa a obrigação ao cumprimento de todas as leis e contratos” (MACPHERSON, 1979, p. 33). Daí o caráter hipotético do estado de natureza. Mas Hobbes não está pensando no comportamento dos homens mesmo sem a “suspensão do cumprimento das leis”? Apesar das leis, a insegurança é uma constante.

Qual é a consequência dessa situação de guerra de todos contra todos, no diagnóstico de Hobbes? As noções de justiça/injustiça, bem/mal simplesmente não têm lugar, pois “onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça” (HOBBS, 1979, p. 77). Dessa forma, onde não há pacto social, nada é injusto. Não há injustiça natural, assim como não há bondade ou maldade natural. Não existe critério para defini-lo. Por isso, é inadequado dizer que, para Hobbes, os homens são maus por natureza. O mesmo vale para Rousseau, quando se diz que, segundo ele, os homens são bons por natureza. É a lei civil (instituída), mediante o contrato social, que define o que é justo e o que é bom. Nem há distinção entre o legal e o moral; ambos são definidos pelo pacto ou a partir dele. Diferente do que pensava Locke<sup>10</sup>, do ponto de vista do estado de natureza, também não há direito de propriedade. Este direito pode ou não ser instituído pelo contrato social. Pode haver posse, e se houver é contingente, mas não propriedade. Esta só se efetiva com a instituição do Estado. Pode-se perceber que o autor em pauta é o legítimo representante da justiça formal. A justiça consiste na obediência à lei, seja qual for o conteúdo. Mas onde estaria, então, seu jusnaturalismo? A resposta envolve uma

---

<sup>9</sup> Também Kersting descreve o estado de natureza como “espaço vital fictício do homem natural”, como “uma construção metódica”, um “experimento mental” (2001, p. 93).

<sup>10</sup> Sobre o direito de propriedade em Locke, ver *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, capítulo V.

explicitação do conteúdo e do papel das leis naturais.

### 15.1.2. As leis naturais como leis da razão.

Pela caracterização da condição natural da humanidade fica claro que é pela instituição da lei positiva, com previsão de penalidades, que o Estado poderá ter condições de assegurar a paz entre os homens. "Pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém" (HOBBS, 1979, p. 103). Toda ênfase repousa, pois, sobre as "cadeias artificiais". A tese positivista parece estar claramente configurada. O poder coercitivo das leis é que importa.

O curioso, no entanto, é que, exatamente, no final do capítulo sobre a "condição natural", Hobbes (1979) fala em "leis de natureza", afirmando que a razão sugere adequadas normas de paz. No *Do Cidadão* ele define lei natural como o "ditame da reta razão no tocante àquelas coisas que, na medida de nossas capacidades, devemos fazer, ou omitir, a fim de assegurar a conservação da vida e das partes de nosso corpo" (p. 45). Bobbio, para minimizar sua importância, as chama de "regras prudenciais" (BOBBIO, 1991). A posição a ser defendida é no sentido de evidenciar o papel das leis naturais no preenchimento das lacunas do ordenamento jurídico, o silêncio das leis.

A concepção antropológica hobbesiana envolve, pois, duas dimensões fundamentais: O homem é paixão e razão. Afirma Bobbio: "O homem não é menos um ser de razão do que de paixão" (1991, p. 38). Entre as paixões está a busca desenfreada pelo poder e o domínio sobre os outros; a razão é a capacidade de discernimento para fazer o que se deve para atingir a paz. Paixões e razão estão, pois, em constante conflito. O problema é que desse conflito, na ausência de um poder estatal forte, as primeiras se impõem sobre a segunda.

Mas como se pode, então, considerar Hobbes um legítimo representante da justiça formal se seu sistema jurídico parte da existência de leis naturais? Que poder absoluto é esse se o soberano está sujeito às leis de natureza? É preciso salientar que não se trata, obviamente, de leis divinas, mas de "ditames da razão". Independem de contratos sociais. Pela capacidade de cálculo da razão, ou pelo "ato de raciocinar", sabemos o que devemos fazer, mas que não o fazemos dada a força das paixões.

Quais são as leis da razão e qual é o papel delas na teoria política de Hobbes? O autor dedica dois capítulos do *Leviatã* e vários no *Do Cidadão* a elas e enumera em torno de vinte. Importam as três primeiras, a título de exemplo. A primeira, considerada a lei fundamental de natureza, é assim enunciada: "procurar a paz e segui-la" (HOBBS, 1979). Ela enuncia a própria finalidade da criação do Estado. Na interpretação de Dieter Hüning, a busca da paz, evidenciada como primeira e fundamental lei natural, "pode ser caracterizada como norma fundamental da filosofia do direito hobbesiana e representa o fundamento da dedução das leis naturais (2011, p. 31). Zelar pela paz é, pois, um "ditame da razão". Cabe a lei civil implementá-la, tornando-a eficaz. A segunda refere-se à autodefesa e diz: "por todos os meios que pudermos, defendermo-nos a nós mesmos" (HOBBS, 1979, p. 78). Esta lei é a que nos faculta usar de todos os meios possíveis para a preservação de nossa vida. É a base da legítima defesa. Um pacto que permitisse a sua violação seria sempre nulo. É em nome dele que ninguém pode recusar-se a si próprio. É a conclusão lógica da razão. A terceira diz respeito ao cumprimento dos pactos: "Que os homens cumpram os pactos que celebrarem" (HOBBS, 1979, p. 86). É da própria lógica dos pactos de que as leis sejam cumpridas. É importante insistir que se trata de uma lei da razão e que não pode ser violada por nenhuma lei positiva. Ao contrário, ela é uma garantia para a lei positiva e da eficácia dos pactos em geral. A celebração de pactos pressupõe a disposição do seu cumprimento. Ora, é precisamente nessa lei que está a fonte da justiça. Nada é justo ou injusto senão em função da celebração de um pacto. Em outras palavras, estas noções só têm lugar no momento da instituição do Estado. "Onde não há Estado, nada pode ser injusto" (HOBBS, 1979, p. 86). Não há propriedade onde não houver contrato, pois é este que estabelece o que é meu e o que é teu. Essa lei da natureza, na verdade, ordena que os pactos que vierem a ser celebrados, sejam cumpridos. É mais uma vez o cálculo lógico da razão que está em jogo. No entanto, é fundamental perceber que, embora Hobbes não o admita expressamente, há uma ideia de justiça no próprio cumprimento da lei natural: cumprir o pacto é justo, enquanto lei da razão. Não haveria, então, uma noção de justiça natural, anterior ao pacto?

Uma questão que imediatamente se impõe é esta: Qual é o papel dessas leis da natureza ou leis da razão no projeto político hobbesiano? Dão o conteúdo às leis



positivas? Se derem o conteúdo às leis positivas, estamos diante de um jusnaturalismo.<sup>11</sup> Dizem o que é justo? Certamente não, pois isto é determinado pelos pactos, que são artificiais e não naturais. Pelo que se pode perceber, as respostas a essas questões é que vão definir o jusnaturalismo ou o positivismo hobbesiano.

## 15.2 O contrato social

### 15.2.1 A finalidade do Estado

Afinal, porque celebramos pactos e estabelecemos restrições sobre nós mesmos? Que preço estamos dispostos a pagar em troca de segurança? Diferentes autores e correntes comumente concordam num ponto: a finalidade do Estado é garantir a segurança e o bem-estar de seus cidadãos. O desafio, no entanto, é chegar a um acordo sobre suas competências para dar conta desse objetivo.

A segunda parte do *Leviatã* de Hobbes ocupa-se do Estado. Uma das questões centrais refere-se à sua finalidade. Para ele "é o cuidado com a própria conservação e com uma vida mais satisfeita" (HOBBS, 1979, p. 103), o desejo de sair do estado de natureza, sem lei, de luta de todos contra todos, que motiva a criação do Estado ou a sua manutenção, apesar de suas limitações e insuficiências. O objetivo fundamental é, em última instância, fazer cumprir as leis da natureza, as leis da reta razão. A primeira refere-se, precisamente à paz. O fato é que na ausência do pacto não há garantia de que as leis naturais sejam respeitadas por todos. Elas, por si só, não têm eficácia.

Posto isso, uma questão ainda mais difícil se impõe: que tipo de Estado queremos? Que direitos estamos dispostos a transferir em troca da garantia de segurança e do bem-estar? Que tipo de poder o Estado terá de ter para fazer frente às paixões naturais e fazer valer as leis positivas?

Se, por um lado, existe certa concordância sobre a finalidade do Estado, há, por outro, muita divergência no que se refere à concepção própria de Estado e de sua capacidade para atingir aquele objetivo. Entre os contratualistas modernos as

---

<sup>11</sup> Esta é uma questão central a ser retomada mais adiante.

divergências já começam, como vimos, com a própria concepção de natureza humana e da concepção antropológica que ela envolve. Basta ver as diferenças entre Hobbes, Locke e Rousseau.<sup>12</sup> O fato é que essas divergências foram decisivas na justificação do tipo de contrato social a ser efetivado. Nesse ponto, Hobbes parece ser mais realista: as paixões naturais são mais fortes do que as leis da natureza. Na ausência do temor de algum poder comum, capaz de fazer respeitá-las, essas leis não passam de palavras. A justificação de um Estado absoluto deve-se, pois, à concepção do estado de natureza. Somente um Estado com plenos poderes poderá fazer frente ao "homem lobo do homem". Pode-se discordar do tipo de Estado defendido por Hobbes, mas há que se reconhecer que são fortes os motivos para justificá-lo, dado seu contexto histórico. A insegurança e a instabilidade política, vivida pelo autor e que de certa forma se atualiza no contexto contemporâneo, haja vista as instituições do próprio Estado corroídas pela corrupção e pela busca desenfreada da satisfação dos interesses pessoais, continuam a merecer uma atuação mais firme e estratégica do Estado. Obviamente, não se trata de defender qualquer forma de absolutismo, mas de discutir as próprias bases da democracia e aperfeiçoá-la. Ou, em linguagem contemporânea, no exercício da cidadania, é preciso definir em que consiste propriamente a liberdade política e mostrar como é possível conciliar o interesse público, as paixões naturais e os interesses particulares.

É fato que a ânsia pelo poder tem alimentado toda e qualquer barganha político-partidária. Talvez uma das insuficiências de Hobbes nasça justamente de uma cegueira no seu ímpeto de justificar o Estado em prol da segurança. Parece não considerar suficientemente o fato de que o poder, que visa a segurança e a paz, será exercido por homens com as mesmas paixões do estado de natureza<sup>13</sup>, homens também mergulhados nesse profundo conflito interno de realizações entre razão e paixão. Hobbes, para isso, não desenvolve uma teoria que dê conta de um possível abuso do poder por parte do príncipe. O príncipe não faz parte do pacto e, assim, não está sujeito às leis positivas. É ele que faz a lei e, claro, com o objetivo de prover segurança, mas ninguém estabelece limites em relação às suas paixões, como, aliás,

---

<sup>12</sup> Ver Santillan, J. F. *Hobbes e Rousseau: Entre la autocracia y la Democracia*, sobretudo a terceira parte. O autor faz um oportuno estudo comparativo entre Hobbes e Rousseau.

<sup>13</sup> Locke, em clara referência a Hobbes, chamou atenção para o fato de "serem os monarcas absolutos somente homens" (*Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*, p. 38).

Bobbio bem descreve: “Não pode haver abuso onde não há limites” (BOBBIO, 1991, p. 51).

De qualquer sorte, o contrato social é uma transferência mútua de direitos. O que demarca o critério de distinção do justo e do injusto são as leis civis. Como possível resposta a esses dilemas, o exercício do poder político requer regras claras e punições severas para seus infratores. A questão é saber o que pode e o que não pode ser transferido por um pacto. A resposta a esta questão vai definir o jusnaturalismo de Hobbes.

### 15.2.2 A liberdade e o jusnaturalismo.

Uma das chaves de leitura para o enquadramento de Hobbes na corrente jusnaturalista diz respeito à sua concepção de liberdade. A questão central é esta: instituído o Estado e criadas as leis civis, em que consiste a “liberdade dos súditos”? Qual é o limite de atuação dos cidadãos, considerando a quase total transferência de direitos à vontade do poder soberano? Que tipo de recusa é facultado aos “súditos”?

No que diz respeito à liberdade dentro do contrato social e sua vinculação com o jusnaturalismo, três aspectos podem ser referidos:

1. É preciso examinar detalhadamente quais os direitos que transferimos no momento em que criamos o Estado (HOBBS, 1979). A questão é deveras central e atual. O conhecimento dos direitos e deveres é indispensável para o exercício da liberdade. O claro conhecimento dos termos do Contrato Social é condição para compreensão dos limites da liberdade de ação dos cidadãos. Considerando que as leis são de conhecimento público, os contornos da atuação dos cidadãos estão bem definidos. Não é possível defender um direito de todos a tudo. Mas o que é exatamente objeto de pacto? Consideremos o contexto brasileiro: Até que ponto conhecemos a Constituição de 1988? Quem efetivamente está familiarizado com o Código de Defesa do Consumidor? Quantos brasileiros já leram o Estatuto da Criança e do Adolescente? Quem conhece o conteúdo da “Lei Maria da Penha”? Quais são efetivamente nossos direitos e deveres como cidadãos? Como reivindicar liberdade sem o conhecimento de seus limites? Afirma Hobbes: “o conhecimento das leis civis é de caráter geral e compete a todos os homens” (HOBBS, 1979, p. 161). Essas

questões envolvem a definição do âmbito da liberdade dentro de um pacto. Em Hobbes, é objeto de pacto tudo o que for fundamental para a segurança dos cidadãos e que não viole as leis naturais.

2. A segunda questão é mais direta quanto ao papel das leis de natureza. Todo cidadão ou súdito “tem a liberdade em todas aquelas coisas cujo direito não pode ser transferido por um pacto” (HOBBS, 1979, p. 133). E o que não pode ser transferido? Tudo o que foi estabelecido pelas leis naturais, originárias da razão. Algumas situações são clássicas e sempre atuais: se alguém for interrogado sobre um crime que cometeu, não pode ser obrigado a confessá-lo, “porque ninguém [...] pode ser obrigado por um pacto a recusar-se a si próprio” (HOBBS, 1979, p. 133 e 1992, p. 57). É a segunda lei da natureza – a autodefesa – que assegura isso. Há, portanto, liberdade para se valer de todos os meios para preservar a autodefesa. É o que hoje alegamos quando asseguramos que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. A própria legítima defesa se enquadra nisso. A autodefesa é a base do direito de permanecer em silêncio. Estamos, pois, diante de uma clara orientação, dada pelas leis da razão, para a celebração de pactos justos. Nesse caso, a lei natural (lei da razão) fundamenta a lei positiva.

Uma situação mais enigmática diz respeito à pena de morte. É possível justificá-la, considerando, por um lado, o poder absoluto do Soberano e, por outro, a segunda lei da natureza? A resposta é positiva. Todavia, autorizar a pena de morte não significa abrir mão da autodefesa<sup>14</sup>. É isso que autoriza o réu a permanecer em silêncio. O ônus da prova cabe a quem acusa. Em nome da lei de natureza podemos fazer uso de todos os meios possíveis para defender-nos. Na condição de legislador (direta ou indiretamente) posso permitir que me matem se vier a cometer determinado crime, mas isso não me obriga a confessá-lo e muito menos que não me defenderei. A lei positiva (pena de morte) não pode violar os ditames da reta razão. E a lei da reta razão não proíbe a pena de morte, mas a violação da autodefesa. Isso de alguma forma significa que as leis de natureza dão o conteúdo às leis positivas. Um positivista jamais admitiria tal hipótese. Ora, esse jusnaturalismo hobbesiano indica que o exercício do poder não é absoluto.

---

<sup>14</sup> Sobre o tema da pena de morte, em Hobbes, ver *Ao Leitor sem Medo*, Renato J. Ribeiro, p. 88. Ver também *Do Cidadão*, p. 56.

### 3. O silêncio das leis

Para todos os casos em que não houver previsão legal o cidadão tem liberdade de fazer ou omitir (HOBBS, 1979). Trata-se do dispositivo constitucional hoje publicamente conhecido: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (Constituição Federal, artigo 5º, inciso II). Esta, por si só, é uma afirmação essencialmente positiva. Mas quando não há lei, tudo é permitido? Não voltaríamos, com isso, ao estado de natureza? Exatamente aí, no silêncio da lei, ou para usar uma expressão de Bobbio, "nas lacunas do ordenamento jurídico" (BOBBIO, 1991), vigoram as leis da razão<sup>15</sup>. Não é possível fazer lei para tudo e nem necessário. As leis da razão têm exatamente aí seu papel: preencher as lacunas da lei positiva. É claro em Hobbes o soberano é a lei, mas não está acima das leis de natureza. Onde as leis positivas silenciam vigoram as leis naturais, as leis da razão. "As leis naturais são obrigatórias em todos os casos onde as leis positivas silenciarem", resume Bobbio (1991, p. 116). Só por essa afirmação ele não poderia ter concluído pelo positivismo hobbesiano.

Uma analogia pode ser feita com a distinção de Dworkin (2002) entre regras e princípios: sobretudo nos *hard cases*, quando não há previsão legal ou quando a validade das leis é duvidosa recorra-se aos princípios, que também são normativos, embora possam não ser leis naturais. Cabe ao juiz julgar, nos casos não previstos em lei, de acordo com as leis da razão, pois é a ele que cabe a interpretação da lei. Exagera Bobbio ao afirmar que em Hobbes "há uma característica geral das leis naturais que diminui seu vigor: elas obrigam apenas em consciência" (BOBBIO, 1991, p. 110). Para o jusnaturalismo esta obrigação é incondicional.

É claro que, para Hobbes, sem o castigo da lei positiva as leis naturais não têm eficácia. Mas é preciso reconhecer que as leis positivas não podem violar o conteúdo das leis da razão. Teríamos, então, uma matéria constituída de forma prévia à lei positiva? Para um positivista não. Mas Hobbes refere as leis da razão como anteriores à celebração do pacto ou independentes dele e, pois, anteriores à criação das leis civis, as "cadeias artificiais". Mas também diz que aquelas são ineficazes

---

<sup>15</sup> Sobre a liberdade dos súditos e o silêncio das leis, ver *Ao Leitor sem Medo*, Renato J. Ribeiro, p. 87.

sem estas, e ser ineficaz não significa não ter validade. Ou seja, as leis positivas tornam eficazes as leis de natureza, através do estabelecimento do temor do castigo. Por isso, Bobbio considera Hobbes um “positivista por inclinação mental e por raciocínio, mas jusnaturalista por necessidade” (BOBBIO, 1991, p. 125). Ora, isto é ambíguo. O silêncio das leis continua sendo o ponto central do jusnaturalismo de Hobbes, uma vez que as leis naturais representam o preenchimento das lacunas do ordenamento jurídico. O fornecimento do conteúdo das leis positivas, cabe às leis da razão. A necessidade das leis positivas para eficácia das leis naturais não anula o valor destas para o fornecimento do conteúdo do contrato social. Já no que tange ao comportamento do soberano em relação às leis naturais, a resposta é direta: ele deve respeitá-las. Donde se conclui que seu poder não é tão absoluto. Bobbio minimiza a importância das leis naturais.

### **Considerações finais**

Embora esse tema já tenha sido ventilado com a discussão sobre a liberdade, convém insistir em alguns pontos que efetivamente permitem caracterizar a teoria política hobbesista de jusnaturalista.

Como visto, as leis de natureza, por si só, podem não ter eficácia. Entretanto, elas indicam a matéria às leis civis. Se o objetivo maior do Estado é dar garantias de segurança e de paz, e o faz através das leis civis, na verdade não está introduzindo um conteúdo novo com o contrato social. Está apenas, e isso não é pouco, operacionalizando as leis da razão. É esta que enuncia o objetivo maior do Estado. Sabemos o que devemos fazer (pelas leis da razão) para tornar a convivência possível, só não o fazemos em virtude da força das nossas paixões. Estas não são em si negativas, pois, negativo é o seu uso indevido. Se nossa tendência é primeiro atender nossos interesses pessoais, é preciso estabelecer limites para sua efetivação, tendo em vista o interesse público. As leis civis têm essa função.

Se o contrato social é uma transferência de direitos, fica muito claro nos textos de Hobbes que esta transferência não é ilimitada. E o limite é dado precisamente pelas leis de natureza ou ditames da reta razão. O direito de autodefesa é o exemplo mais convincente e atual. Ninguém pode, mesmo em nome da segurança e da paz,

ser obrigado a recusar-se a si próprio. Pode-se até concordar com a introdução da pena de morte em casos especificamente definidos, mas isso não fere a lei de natureza. Não estou autorizando, com isso, que não me defenderei usando de todos os meios possíveis. Autorizar a pena de morte não significa abrir mão do direito de autodefesa. Não se pode negar ao soberano o direito de condenação, mas se pode resistir fazendo uso de todos os meios possíveis, inclusive o uso da força. O Estado tem, pois, nas leis naturais, seu limite de ação. Mas como qualificar Hobbes como representante da justiça formal se o conteúdo da lei civil é dado pelas leis da razão? Há que se salientar que a ênfase do autor está na eficácia das leis positivas, dada pela sua penalização. Em vista disso, as noções de justo e injusto estão vinculadas às "cadeias artificiais".

Observa-se que a lei da razão é o limite da lei civil. Esta encontra sua justificação naquela. Dizer que as leis naturais "obrigam apenas em consciência", como faz Bobbio, não lhes retira o mérito de fornecer o conteúdo às leis positivas. Dizer que obrigam apenas em consciência, não significa dizer que não obrigam. Alguém pode respeitar as leis da razão sem o temor do castigo imposto pela lei positiva. É claro que Hobbes não acreditaria nessa possibilidade, dada sua concepção de natureza humana e da força das paixões. Considerando que as leis naturais só seriam eficazes com a introdução das leis civis, Bobbio conclui pelo positivismo hobbesiano "por inclinação e por raciocínio" (HOBBS, 1979, p. 125). Para um jusnaturalista, no entanto, é a lei positiva que se conforma à lei natural e não o contrário. E é isso que ocorre no *Leviatã*. A impossibilidade de transferência das leis da reta razão no ato da criação do Estado é uma prova disso. O argumento do silêncio da lei reforça essa tese. Em linguagem contemporânea, poder-se-ia dizer que nos *hard cases* é aos princípios, escritos ou não, que se deve recorrer. Estes não são extralegais, como sustentam os positivistas, tais como Hart e Kelsen<sup>16</sup>. É claro que isso não significa dizer que sejam leis naturais, mas certamente são normas do direito costumeiro.

Argumento importante que reforça o jusnaturalismo hobbesiano diz respeito à duração da obediência por parte do cidadão. No *Leviatã*, o autor afirma

---

<sup>16</sup> Ver Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, principalmente, primeiro capítulo.

categoricamente que “o fim da obediência é a proteção” (HOBBS, 1979, p.135). Ora, a pergunta que logicamente se impõe, então, é esta: se o Estado, no caso o poder soberano, não oferecer garantias de segurança? A resposta reforça o peso dos direitos que os homens têm por natureza. O pacto dura enquanto durar a capacidade de proteção. “O direito que por natureza os homens têm de defenderem-se a si mesmos não pode ser abandonado através de pacto algum” (HOBBS, 1979, p. 135). A criação do Estado é produto de um cálculo racional: obediência=proteção. Cessando esta, cessa aquela. O direito de autodefesa é anterior ao pacto e por isso não pode ser abandonado por este. A rigor, esse direito não depende do Estado. Somente recorreremos a ele (ao Estado) para sua garantia. Em não havendo esta, voltamos ao estado de natureza, onde cada um usará de seu poder para assegurá-lo. Afirma Janine Ribeiro, comentando o *Leviatã* de Hobbes, a propósito do assunto da proteção: “Até a incompetência administrativa, atestada, por exemplo, no trato inepto de uma revolta ou de uma fome catastrófica, absolverá os súditos de sua obrigação, se não mais tiverem a vida protegida ou preservada pelo Estado” (RIBEIRO, 1984, p. 112).

São, pois, claros os indícios, de já, em Hobbes, encontrarmos elementos de justificação da desobediência civil. A ineficiência do Estado leva os cidadãos a se defenderem por si próprios buscando serviços de segurança particulares ou até fazendo justiça pelas próprias mãos. É a volta ao estado de natureza, sem lei. Eis a atualidade de Hobbes.

## Referências

BOBBIO, N. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1991.

HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, Os Pensadores, 1979.

\_\_\_\_\_. *Do Cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

RIBEIRO, R. J. *Ao Leitor sem Medo: Hobbes escrevendo contra seu tempo*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

SANTILANN, J. F. *Hobbes y Rousseau: Entre la autocracia y la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.



ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaco*. São Paulo: Abril Cultural, Os Pensadores, 1979.

HEGEL, G. F. W. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Matias Fontes, 2003.

HÜNING, Dieter. "Inter arma silent leges" ("Entre as armas as leis se calam"). *Direito Natural, Estado e o Direito das Gentes em Thomas Hobbes*. IN: *Hobbes: natureza, história e política*. Marcelo G. Villanova / Wladimir B. Lisboa (org). Vol. II, POA/Cordoba: Edipucrs e Editorial Brujas, 2011.

KERSTING, Wolfgang. *Filosofia Política del Contractualismo Moderno*. Mexico: Plaza y Valdés, S. A.

LOCKE, J. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MACPHERSON, C.B. *A Teoria Política do Individualismo Possessivo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

STRAUSS, Leo. *The Political Philosophy of Hobbes*. Chicago: University of Chicago Press, 1963.

## 16. A VIRTUDE DA JUSTIÇA E OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA

### Introdução

A pergunta pela fundamentação dos princípios de justiça ou da autoridade normativa da ideia da justiça pode ser tomada como problema central das investigações atuais dos teóricos da justiça (cf. FORST, 2010). Outras questões a seguem: o conceito de justiça política pode vir acompanhado de uma justificação moral? Como vincular uma concepção de justiça com a concepção de pessoa? Até que ponto a virtude da justiça deve estar ligada a certos princípios de justiça? Se a lei divina ou a lei natural não podem mais, para muitos, validar os princípios de justiça, que tipo de construção e justificação lhes dará legitimidade?

O intuito é estabelecer uma estreita vinculação entre a virtude da justiça, enquanto qualidade moral da pessoa de direito, com os princípios da justiça, enquanto orientadores e fundamentadores das estruturas jurídicas e sociais. A construção e aplicação de princípios de justiça está diretamente relacionada às qualidades morais das pessoas envolvidas. É por isso que Rawls pressupõe uma concepção normativa de pessoa.

Uma breve referência a Aristóteles servirá de ponto de partida para uma conceituação do que é virtude. A diversidade de concepções de justiça e a tentativa de encontrar um elemento comum entre elas poderá ser mapeada, de forma introdutória, a partir do livro *Ética e Direito* de C. Perelman. A explicitação da relação entre regras, princípios e valores dará bem a ideia do papel da argumentação com vistas ao convencimento das escolhas feitas e dos juízos emitidos.

### 16.1 A virtude da justiça

Quando o assunto é virtudes, Aristóteles, com seu livro *Ética a Nicômaco*, é referência indispensável. Ele introduz esse assunto quando discute o tema da deliberação. Diz ser objeto desta não os fins, mas os meios. Cita o exemplo do médico que não delibera se deve curar, mas delibera sobre os meios devidos para a finalidade estabelecida. A deliberação, portanto, diz respeito aos meios necessários

para alcançar determinados fins. Ora, se “o fim é aquilo que desejamos, e o meio aquilo acerca do qual deliberamos e escolhemos, as ações relativas ao meio devem concordar com a escolha e ser voluntários” (ARISTÓTELES, 1979, p. 87).

Para Aristóteles (1979), o exercício da virtude diz respeito aos meios. Saber escolher meios adequados para atingir determinados fins é o que identifica o cidadão virtuoso. Assim, tanto a virtude quanto o vício estão em poder dos homens. Trata-se de escolhas voluntárias. Logo, depende de eles serem ou não virtuosos. É conhecida sua tese de que a virtude está no “meio termo”. Seu exercício não está, pois, nos extremos. Requer ponderação, equilíbrio e proporcionalidade, categorias jurídicas até hoje sempre recomendadas. O autor qualifica, também, as virtudes, em seu escrito *Ética a Nicômaco*, além de meios, como “disposições de caráter”, uma vez que dependem de nós. As virtudes dizem respeito aos indivíduos e não às instituições. A coragem, segundo o mesmo, é “um meio termo entre os sentimentos de medo e de confiança”. A “coragem do cidadão – soldado” é a que está mais próxima à “verdadeira coragem”. A temperança é “um meio termo em relação aos prazeres”. A liberalidade e a magnificência são o meio termo relacionadas à riqueza (ARISTÓTELES, 1979).

E a justiça, é que tipo de meio termo? Trata-se de um ato intermediário entre os extremos. Aristóteles julga haver um entendimento comum, o qual ele endossa, de que a justiça é “a disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo” (ARISTÓTELES, 1979, p. 121). Considera, também, como justo o que respeita a lei e injusto quem a desrespeita.

Merece destaque a associação feita entre a justiça e a felicidade, ideia, aliás, chave de toda a ética nicomaqueia. “Chamamos justos aqueles atos que tendem a produzir e a preservar, para a sociedade política, a felicidade e os elementos que a compõem” (ARISTÓTELES, 1979, p. 122). É essa produção e preservação da felicidade em relação ao próximo que faz da justiça uma “virtude completa” e a maior das virtudes. O seu exercício não diz respeito somente a uma relação para consigo mesmo, mas também para com os outros. A virtude da justiça é a virtude essencialmente dirigida ao próximo. Aí está, também, a dificuldade de exercê-la. É tarefa fácil ser justo em relação a si mesmo, mas difícil em relação aos outros. Por

isso que é uma virtude completa, a maior das virtudes. Diz respeito também às nossas relações políticas e ao bem-estar em relação aos outros. "O melhor [dos homens] não é o que exerce a sua virtude para consigo mesmo, mas para com o outro; pois que difícil tarefa é essa" (ARISTÓTELES, 1979, p. 122). O justo é equitativo. Ora, sendo o igual um "ponto intermediário", o justo é um "meio termo". A proporcionalidade e a reciprocidade o acompanham. O justo é proporcional e o injusto não respeita a proporção. A proporcionalidade e a reciprocidade se complementam, pois, esta é feita considerando-se a devida proporção.

Observa-se que a justiça é uma "disposição de caráter" que diz respeito fundamentalmente ao indivíduo, na medida em que tem uma inclinação a agir de acordo com o justo e evitar o injusto. Mas o que é o justo? Quais são os princípios de justiça? Como fundamentá-los e justificá-los? O respeito aos princípios requer necessariamente a virtude da justiça? Como relacionar o justo e o bem?

Essas questões são objeto de muita divergência. Nem todos os grandes teóricos da justiça estabelecem uma relação estreita entre a virtude da justiça e os princípios da justiça. Os princípios recebem as mais distintas formas de fundamentação. Além do mais, uns dão mais ênfase às virtudes, outros aos princípios. Os primeiros estão mais preocupados com as qualidades dos cidadãos, os segundos mais com as instituições sociais e políticas, enquanto concretizadoras dos princípios.

## **16.2 O que é justiça?**

### **16.2.1 Concepções de justiça.**

A virtude da justiça não pode ser desconectada do conceito de justiça. Afinal, como ser justo sem ter noção clara do que isso significa? É aí, exatamente aí, que surgem as maiores controvérsias. Liberais e comunitaristas, apenas para citar dois exemplos, divergem profundamente quanto à fundamentação, construção e conteúdo de princípios de justiça e suas aplicações. O objetivo não é entrar nesse debate, mas apenas citar, a título de exemplo, algumas concepções de justiça muito difundidas e aparentemente incompatíveis na sua simultânea efetivação.

Para mostrar essa diversidade de tendências, Perelman (2002), em seu livro *Ética e Direito*, elenca um conjunto de diferentes concepções de justiça. A pergunta sobre o que é ser justo recebe, por isso, também uma diversidade de respostas. O autor responde que para uns, ser justo pode significar "dar a cada qual a mesma coisa"<sup>1</sup>. Trata-se de uma concepção igualitária de justiça, onde as particularidades não são consideradas. Todos devem ser tratados de forma igual. Para outros, ser justo é dar "a cada qual segundo seus méritos". Aqui é conferido um "tratamento proporcional", levando em conta o esforço realizado. Está em jogo o mérito da pessoa. Um empresário é justo se tratar seus funcionários de acordo com o esforço de cada um e não pelo número de horas trabalhadas, ou pelo resultado atingido. Para outros, ainda, ser justo é dar "a cada qual segundo suas obras". O que, aqui, importa é o resultado. O tratamento, portanto, é proporcional ao "resultado da ação". Se o pagamento do salário for feito de acordo com o número de peças produzidas, sem levar em conta o esforço dispensado (que pode ser diferente entre os funcionários), está-se aplicando a concepção meritocrática de justiça.

Há, no entanto, quem prefira a concepção de justiça segundo a qual ser justo é dar "a cada qual segundo suas necessidades". Nesse caso, nem esforço, nem resultado importam, mas as necessidades específicas de cada um. Família numerosa, saúde precária, idade avançada, entre outras, impõem exigências maiores. O trabalhador com cinco filhos deveria receber salário maior do que um solteiro. São as necessidades que determinam o salário justo. Outra concepção de justiça diz respeito à posição: "a cada qual segundo sua posição". É o que Perelman (2002) chama de "fórmula aristocrática da justiça". O tratamento diferente dado a brancos e negros é um exemplo disso. Por fim, ser justo é dar "a cada qual segundo o que a lei lhe atribui". Juiz justo é aquele que aplica as mesmas leis a situações semelhantes. O justo é definido pela lei positiva. Liberais igualitários, liberais libertários, comunitaristas, utilitaristas, entre outras correntes, poderiam ser enquadradas nessas concepções.

O que essas concepções têm a ver com a virtude da justiça? Se esta, numa perspectiva aristotélica, é entendida como "disposição de caráter" que leva as

---

<sup>1</sup> Ver mais em Perelman, C. *Ética e Direito*. Primeira parte.

peessoas a fazer o que é justo, evitando os extremos, é claro que ela é decisiva na aplicação dos princípios de justiça e na própria construção e/ou escolha de uma concepção razoável de justiça. Cidadãos virtuosos escolherão princípios publicamente justificáveis.

Existe algum aspecto comum às seis concepções?

O fato é que a escolha de uma delas nos coloca numa série de dificuldades. Se optarmos pela formulação do mérito, seremos considerados injustos para os que privilegiarem o resultado ou as necessidades. Se nos decidirmos pela fórmula das necessidades, os que defendem o resultado haverão de considerar-se injustiçados. Será possível conciliar esforço, resultado e necessidades do ponto de vista da administração da justiça ou da aplicação dos princípios da justiça? Como resolver esse problema? Perelman aponta um caminho.

### **16.2.2 Regras, princípios e valores.**

Perelman considera haver um elemento comum às referidas concepções. É o que chama de justiça formal: "seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma" (PERELMAN, 2002, p. 19). Obras iguais, tratamento igual. Necessidades semelhantes, tratamento semelhante. Daqui resulta a regra do precedente, ou seja, deve se tomar como base o tratamento anterior de uma situação semelhante. Ora, aplicar a regra do precedente pode, às vezes, trazer consequências injustas. Como, então, proceder? Afastar-se do precedente?

Se toda a regra se fundamenta num princípio, é a este que se deve recorrer com o intuito de evitar a aplicação de uma lei injusta, ou de consequências injustas. Isso nos coloca diante de uma relação fundamental: regras, princípios e valores. Toda regra fundamenta-se em um princípio e este constitui-se de valores. As regras são justificadas pelos princípios; os princípios são fundamentados pelos valores que os constituem e estes são justificados pelos argumentos que podem receber o acordo do "auditório universal", isto é, por pessoas razoáveis e competentes. Dispensar tratamento semelhante a situações semelhantes continua sendo a regra da justiça, ou seja, é justo tratar da mesma forma situações iguais ou semelhantes. Mas isso não significa que as consequências destas aplicações sejam as mesmas

ou semelhantes. Injustiças podem ocorrer. Evita-se, então, a aplicação da regra àquele caso e recorre-se ao princípio e aos valores que sustentam aquele, isto é, valores compartilháveis.

O importante deste procedimento é a justificação do princípio escolhido, apelando aos recursos da argumentação que, por sua vez, devem convencer “as mentes razoáveis e competentes”, isto é, o “auditório universal”. Em se tratando de um sistema de justiça e estando em jogo um sistema normativo, não é possível eliminar toda a arbitrariedade das escolhas feitas. É aqui que entra a virtude como capacidade de argumentação, de convencimento da escolha feita. Perelman desenvolveu uma teoria da argumentação. Habermas defende o “agir comunicativo”.

### 16.3. Pessoa, virtude e justiça

Quando o assunto é virtude da justiça, a ênfase é dada a uma qualidade intrínseca do sujeito individual, como a “disposição de caráter”, para usar uma expressão de Aristóteles. Quando o tema é princípios de justiça, a ênfase é a dimensão política e pública. Cria-se um novo desafio: como vincular a virtude da justiça (pensando nos indivíduos), com princípios da justiça (pensando nas instituições)? E mais, como fundamentar e justificar estes em uma sociedade democrática?

O encaminhamento da discussão passa pelo estabelecimento da relação entre a concepção (normativa) de pessoa e os princípios de justiça, tarefa, aliás, assumida por muitos teóricos da justiça. É na discussão da concepção de pessoa que se abre espaço para a importância das virtudes, entenda-se, aqui, virtudes políticas.

Os contratualistas modernos insistem no conceito de natureza humana como determinante para justificar o tipo de contrato social requerido. Embora com significativas diferenças<sup>2</sup>, explicitam sua concepção de pessoa como um marco teórico a partir do qual toda a estrutura jurídica e política é organizada. Caracterizada

---

<sup>2</sup> Ver interessante estudo comparativo entre Hobbes e Rousseau feito por J. F. Santillan, no livro *Hobbes y Rousseau: Entre la Autocracia y la Democracia*. Ver, também, Rousseau, J. J. *Discurso sobre a origem e a desigualdade entre os homens*. Prefácio.

como “a luta de todos contra todos”, a condição natural da humanidade, segundo Hobbes, desconhece limites de ação, uma vez que não há critérios para tal. A ânsia inesgotável pelo poder impõe a fixação de um sistema de leis com previsão penal severa. O Estado absoluto é a alternativa encontrada. Só então os conceitos de justo/injusto, bem e mal, têm lugar. É uma concepção estritamente formal de justiça. Rousseau contrapõe a democracia direta, tendo em vista que as vontades não se transmitem e, sim, devem ser expressas. Acusa Hobbes de ter confundido a natureza humana com a sociedade civil corrompida. Parte, portanto, de outra concepção antropológica: a bondade original do homem.

A filosofia prática de Kant é expressão da autonomia e dignidade da pessoa humana.<sup>3</sup> Não encontramos nela uma ética das virtudes, mas certamente uma ética das intenções. As formulações do imperativo categórico evidenciam isso<sup>4</sup>. A concepção de pessoa é explicitada pela racionalidade e razoabilidade atribuída a ela, qualidades que revelam sua personalidade moral e seu caráter. À razão é atribuída toda autoridade na determinação da vontade humana. A tese de que o homem é fim em si mesmo e que, portanto, não pode ser usado simplesmente como meio passou a ser o marco teórico de toda a sua ética.

Hegel (1986) tem a pessoa do direito, enquanto capacidade legal, como pressuposta em sua *Filosofia do Direito*. Ela é o ponto de partida de todo o movimento de concretização e determinação da ideia de liberdade. Ser pessoa de direito significa ser portador de direitos; é ser sujeito de direitos. O direito de uso e o direito de troca, bem como o direito ao contrato e ao reconhecimento são formas de efetivação da capacidade legal da pessoa de direito. Todas as demais figuras da Filosofia do Direito, tais como a moralidade, a eticidade e suas instâncias mediadoras (a família, a sociedade civil e o Estado), têm a pessoa de direito como pressuposta e indicam as diferentes formas de efetivação de sua vontade livre. Trata-se de uma gradual libertação do que Honneth (2002) entende como sofrimento de indeterminação, provocado pelas formas incompletas de realização da liberdade, tais como a liberdade negativa e a liberdade reflexiva.<sup>5</sup> Observa-se que, também aqui,

---

<sup>3</sup> Sobre os temas da autonomia e dignidade em Kant, ver Thadeu Weber, *Ética e Filosofia do Direito*. Primeiro Capítulo.

<sup>4</sup> Ver *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, seção II.

<sup>5</sup> Sobre esses temas, ver Honneth, *Sufrimento de Indeterminação*, primeiro capítulo.



a concepção de pessoa assume um papel fundamental como pressuposta na determinação da liberdade.

Mais significativa e sugestiva é a concepção normativa de pessoa, pressuposta na concepção política de justiça de John Rawls. Todo o processo político construído em torno da justiça como equidade visa tornar efetivas as qualidades morais que caracterizam a concepção de pessoa do filósofo americano.

Para entender o papel que desempenha a concepção de pessoa, temos que formular claramente o problema da filosofia política rawlsiana: considerando o pluralismo razoável, quais são os princípios de justiça que deveriam orientar as principais instituições políticas e sociais? A construção desses princípios é feita através de um procedimento chamado de "posição original". Ora, para estabelecê-la o recurso à "concepção política de pessoa" é fundamental. A escolha dos princípios pressupõe qualidades morais, entre as quais está a virtude do senso de justiça (RAWLS, 2005). Em se tratando de uma concepção política de justiça, essas qualidades morais são necessárias para a construção de princípios e o exercício pleno da cidadania, portanto, do desenvolvimento da pessoa como cidadã, que desempenha suas funções numa sociedade cooperativa.

Em que consistem propriamente essas qualidades morais, sobretudo no que se refere ao senso de justiça? Ter senso de justiça é ter "a capacidade de entender a concepção pública de justiça que caracteriza os termos equitativos da cooperação social, de aplica-la e de agir de acordo com ela" (RAWLS, 2005, p. 62) Uma concepção de justiça deve ter em vista o desenvolvimento desta capacidade. Uma sociedade justa é aquela que oportuniza essa capacidade.

Ao se referir aos resultados da efetiva regulação das instituições políticas básicas pelos princípios liberais, Rawls refere-se às virtudes da cooperação política. Na medida em que estas instituições incorporarem os princípios liberais, eles podem encorajar as virtudes cooperativas da vida política. Refere algumas delas: "a virtude da razoabilidade e o senso de justiça, o espírito de conciliação e a disposição de fazer concessões mútuas" (RAWLS, 2005, p. 210). Pode-se observar que a estabilidade das instituições reguladas pelos princípios de justiça liberais está diretamente ligada ao desenvolvimento das virtudes políticas dos cidadãos. São os princípios liberais de justiça os mais capazes de desenvolver as virtudes da cooperação política. Toda a

atenção se concentra “nas pessoas enquanto indivíduos capazes de ser membros normais e plenamente cooperativos da sociedade ao longo de toda a sua vida” (RAWLS, 2005, p. 356). Na verdade, o senso de justiça inclui as demais virtudes políticas: a tolerância, a razoabilidade, o espírito de conciliação e a confiança mútua. Todas elas são virtudes fundamentais para desenvolver a capacidade de cooperação social. Rawls fala em “capacidades da personalidade moral”.

É interessante observar a dúplici função das virtudes políticas: por um lado, na condição de qualidades morais, entre as quais está a virtude do senso de justiça. Elas são fundamentais para a construção dos princípios de justiça. Por outro lado, a vivência em meio a instituições reguladas por esses princípios tende a desenvolver essas virtudes. O que está, portanto, pressuposto na concepção política de justiça é a concepção normativa de pessoa, com as qualidades morais, enquanto capacidades para viabilizar o exercício pleno da cidadania. As virtudes políticas “caracterizam o ideal do bom cidadão de um Estado Democrático” (RAWLS, 2005, p. 24)

Se o ponto central de Rawls é o da justiça social, conforme salienta em *Uma Teoria da Justiça*, as “virtudes cooperativas da vida política” adquirem importância vital. Rawls insiste em dizer que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais. Estamos falando de uma sociedade cooperativa e não de algum tipo de associação. É precisamente como membro cooperativo da sociedade que as qualidades morais, entre as quais está a virtude do senso de justiça, são exigências “num grau mínimo necessário” para o cidadão.

Ao definir senso de justiça, o autor americano explicita sua tese. Senão vejamos: “a capacidade de ter um senso de justiça é a capacidade de entender, aplicar e ser, em geral, motivado por um desejo efetivo de agir em função dos princípios de justiça (de ser razoável), enquanto termos equitativos da cooperação social” (RAWLS, 2005, p. 356). Ter a capacidade, “num grau mínimo”, não significa já tê-la desenvolvido, mas é condição de possibilidade do exercício da cidadania. Alguém que não desenvolveu minimamente a virtude do senso de justiça não pode, pois, ser um membro normal e plenamente cooperativo da sociedade como denomina Rawls. Isso indica a importância das qualidades morais, tais como senso de justiça, para a própria construção dos princípios de justiça. Por isso, a concepção de pessoa é pressuposta. Temos, portanto, três elementos relacionados: pessoa, a

virtude do senso de justiça e os princípios de justiça, todos intimamente imbricados. A virtude é pressuposta (como capacidade) em grau mínimo para construir os princípios de justiça e é, por sua vez, desenvolvida pela vivência em instituições orientadas por aqueles princípios.

Assim, ser justo é agir de acordo com princípios e valores compartilháveis e universalizáveis (justificação pública). Há duas dimensões envolvidas: uma subjetiva - a virtude como disposição de caráter ou qualidade moral, tal como a virtude do senso de justiça, e uma objetiva – princípios e valores publicamente justificáveis.

Ao se referir à importância das virtudes da cooperação política, Rawls pretende aproximar a concepção de pessoa da construção e efetivação dos princípios de justiça política. A ausência da virtude do senso de justiça impede essa construção e o pleno exercício de cidadania. As virtudes da tolerância, da razoabilidade, da conciliação e do senso de justiça, viabilizam a convivência política dos cidadãos, isto é, tornam possível a concretização da concepção política de justiça.

### **Considerações finais**

Vincular a virtude da justiça com os princípios da justiça é uma tentativa de mostrar que a efetivação destes depende em grande parte de cidadãos virtuosos, onde o senso de justiça é um componente fundamental. Se admitirmos que os princípios de justiça não são dados aprioristicamente, mas construídos dentro de determinados acordos políticos, somos forçados a reconhecer a importância das qualidades morais das pessoas envolvidas. Buscar em Aristóteles a ideia da virtude da justiça como “disposição de caráter”, entendida como uma inclinação para agir de acordo com o justo e evitar o injusto, dá bem a ideia de que princípios por si só não realizam a justiça. Pressupõe-se uma determinada concepção de pessoa, enquanto capaz e determinada a endossar tais princípios.

A diversidade de concepções de justiça vigentes na tradição da Filosofia Política, coloca um enorme desafio: Considerando esse pluralismo razoável, qual é a concepção de justiça capaz de ser objeto de acordo para orientar as nossas principais instituições políticas e sociais? A opção por uma concepção política de

justiça parece ser a melhor alternativa.

É notório que o conceito de justo não pode ser originário das leis positivas. Estas apenas dizem o que é lícito ou ilícito, mas não o que é justo. Daí a necessidade de recorrer aos princípios que fundamentam as leis e se constituem de valores passíveis de justificação pública. O desafio, pois, está na construção e justificação desses princípios aptos para merecerem o endosso das mais diferentes doutrinas éticas abrangentes. Para isso, a virtude da justiça é de suma importância.

A vinculação entre pessoa, virtude e justiça encontra em Rawls seu maior defensor. Nele fica claro que a construção dos princípios requer o recurso à concepção política de pessoa, pressupondo certas qualidades morais, entre as quais está o senso de justiça. São os princípios de uma concepção política de justiça os mais adequados para desenvolver as virtudes da cooperação política. Tolerância, senso de justiça, razoabilidade e espírito de conciliação são virtudes que fomentam a capacidade de cooperação social. O exercício pleno de cidadania depende do cultivo dessas virtudes.

## Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

FORST, Rainer. *Contextos da Justiça*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.

HABERMAS, J. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt am Main: Shurkamp, 1986.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, Os Pensadores, 1980.

HONNETH, Axel. *Sufrimento de Indeterminação: uma Reatualização da Filosofia do Direito de Hegel*. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.

\_\_\_\_\_. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROUSSEAU, J. J. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

SANTILLAN, José F. Fernandez. *Hobbes y Rousseau: entre la autocracia y la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia do Direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis: VOZES, 2013.

O debate e as controvérsias em torno de diferentes concepções de justiça acompanham toda a história do pensamento jurídico-político. Uma das questões centrais da Filosofia Política das últimas décadas pode ter a seguinte formulação: considerando a multiplicidade de doutrinas morais, filosóficas e religiosas constatáveis em todas as sociedades democráticas, qual a concepção de justiça mais adequada para orientar nossas principais instituições sociais e políticas? O propósito do livro é entrar nessa discussão reunindo um conjunto de artigos, alguns inéditos, outros já publicados em periódicos, mas revisados e ampliados para esse objetivo. As referências são devidamente registradas. Aristóteles, Hobbes, Locke, Kant, Hegel, Rawls, Dworkin e Forst são os autores mais destacados.



Editora Fundação Fênix

