

26ª. AULA. Direito, justiça e injustiça.

TEXTO:

CANTO-SPERBER, Monique (org.), *Dicionário de ética e filosofia moral*, Tradução, Rio Grande do Sul, UNISINOS, 2003, VERBETE *Justiça*, ps. 877 a 885.

CASO PRÁTICO: O CASO DO MIGRANTE JANUÁRIO

Um migrante proveniente do Maranhão, em busca de trabalhos na roça e na carvoaria, se desloca em direção ao Amazonas. Deixando casa e família para trás, leva apenas um documento, algum dinheiro e uma enxada. As caronas em caminhões, as estradas poeirentas e as longas caminhadas são apenas parte da história de Januário. Depois de 3 meses realizando pequenos “bicos”, Januário está num bar, tomando uma pinga, quando 2 homens altos e aparentando serem fazendeiros lhe abordam, oferecendo-lhe um trabalho remunerado “até o inverno”. Januário aceita a proposta, e os homens o levam a uma fazenda 12 horas distante da mais próxima cidade. No dia seguinte, Januário é levado a minas de carvão, onde passa a trabalhar em jornadas extenuantes de 12 horas. Com o pouco dinheiro que tinha, se endivida na loja da fazenda, comprando víveres e mantimentos para sobrevivência, pois até a gasolina para a cidade tinha de ser paga, caso o trabalhador quisesse ir na venda. Passa a viver para trabalhar, somente vendo sua dívida crescer e seu horizonte de saída reduzir.

Na mesma situação se encontram outros oito homens. No desespero, Januário combina uma fuga com outros dois trabalhadores, conhecidos como “irmãos baianos”, que acaba frustrada por uma rápida atuação dos capangas da fazenda vizinha, que viram movimentação estranha no mato “tarde da noite”. Com o ocorrido, a situação se deteriora. Os fazendeiros dão ordens de que os endividados sejam mantidos trancados à noite, e trabalhem de dia sob a observação de homens armados, deixando claro que “o patrão havido dito que enquanto não pagassem, não sairiam dali”.

Após 14 meses em péssimas condições de alojamento, com a saúde debilitada, tendo sofrido intimidações, e já tendo perdido a conta da relação entre sua remuneração e suas dívidas, numa manhã de sábado, ainda trabalhando, Januário verifica que os capangas sumiram, ouvindo o ruído de motores de carro, e um tiro ao longe. Januário retorna ao alojamento, junto com os demais trabalhadores, quando encontra fiscais do Ministério do Trabalho. Após o seu resgate, Januário é levado para sua casa, onde reencontra sua família. O caso de Januário é um caso entre vários que vem ocorrendo no Brasil contemporâneo.

Ciente da situação, o Ministério do Trabalho e do Emprego resolve mobilizar esforços políticos e reunir 1/3 dos membros da Câmara dos Deputados para propor um Projeto de Emenda Constitucional (PEC), visando punições mais severas que desestimulem esse tipo de prática. Iniciada a tramitação do pedido junto ao Congresso Nacional, inicia-se um procedimento legislativo que haverá de durar 6 meses. No entanto, logo em sua primeira etapa, abre-se um debate por ocasião de uma audiência pública, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, e 5 Deputados(as) e 5 Participantes resolvem se pronunciar na bancada sobre o tema. Atue como integrante da Audiência Pública:

DEPUTADOS e DEPUTADAS:

1. Defenda a opinião da Deputada Delmira, considerando em sua sustentação, dados concretos e estatísticas sobre o trabalho escravo no Brasil, e correlacionando ao argumento da função social do Direito em sociedade, tendo em vista que a Deputada tem uma opinião de esquerda;
2. Defenda a opinião do Deputado Sanchez, considerando em sua sustentação, a defesa do direito de propriedade e a inoportunidade da PEC, tendo em vista que o Deputado tem uma opinião de direita;
3. Defenda a opinião do Deputado Anatócles, considerando em sua sustentação, a defesa da produtividade agrícola e pecuária, tendo em vista que o Deputado foi eleito como representante de ruralistas;
4. Defenda a opinião do Deputado Antônio, considerando em sua sustentação, o argumento político de que a mudança da Constituição não irá alterar as condições reais de vida dos trabalhadores do campo;
5. Defenda a opinião da Deputada Lucila, considerando que a reforma poderia ser melhor tratada em sede infra-constitucional, discutindo a questão técnica da hierarquia entre as leis, e da função que cada uma desempenha no sistema jurídico;

PARTICIPANTES:

1. Defenda a opinião de Cleber, do Sindicato dos Trabalhadores Rurais, com uma visão sobre a situação política do conflito de terras no país e da exploração do trabalho humano no campo, com posição de radical confronto com os interesses dos fazendeiros, e em favor da dignidade humana do trabalhador;
2. Defenda a opinião de Jairzinho, representante do Movimento dos Sem-Terra, mostrando os números de deslocados do campo, apresentando as origens do movimento, discutindo a história das exclusões sociais do país, defendendo a reforma agrária mais ampla como solução e o assentamento do homem no campo;
3. Defenda a opinião do jurista Alves, especialista renomado no campo acadêmico, discutindo por argumentos técnico-jurídicos, a importância da reforma da Constitucional, enquanto procedimento de mudança constitucional para a aquisição de mais direitos fundamentais, e recomendando expressamente a redação final do texto da PEC;
4. Defenda a opinião do sociólogo do trabalho Almiro, com base em pesquisas estatísticas criteriosas sobre a situação do trabalho no mundo, a precarização, com críticas ao modelo de economia, e uma discussão sociológico-conceitual, embasada em autores da área, sobre as condições sub-humanas do trabalho, em especial no campo;
5. Defenda a opinião Afonso, membro do Ministério Público do Trabalho, presente à audiência, representando o Procurador-Geral do Trabalho, manifestando a opinião interna do MPT, a favor da PEC, construída a partir dos dados a que tem acesso, e considerando o histórico das grandes operações que vem realizando, a situação da impunidade que medra no setor, demonstrando o número de situações como a do trabalhador rural Januário, deflagradas a partir de denúncias anônimas e atuação da fiscalização dos técnicos do trabalho, na defesa dos interesses coletivos dos trabalhadores.

27. ATIVIDADE DE AVALIAÇÃO: PROVA SEMESTRAL.

DICIONÁRIO DE ÉTICA E FILOSOFIA MORAL

Este *Dicionário de ética e filosofia moral* faz a ligação entre a história da filosofia e seus desenvolvimentos mais recentes, abordando de Aristóteles a Wittgenstein, de Foucault a Lévinas, do amor à vontade, da comunidade à solidariedade, da ética médica à ética penal, das drogas à não-violência, do comunitarismo ao utilitarismo. Ideários de filósofos e de correntes de pensamento estão presentes neste livro, sempre segundo uma serena perspectiva de análise e informação. Obra de memória, de reflexão e de saber, o *Dicionário de ética e filosofia moral* contribui para o enriquecimento das formas de pensar do homem contemporâneo.

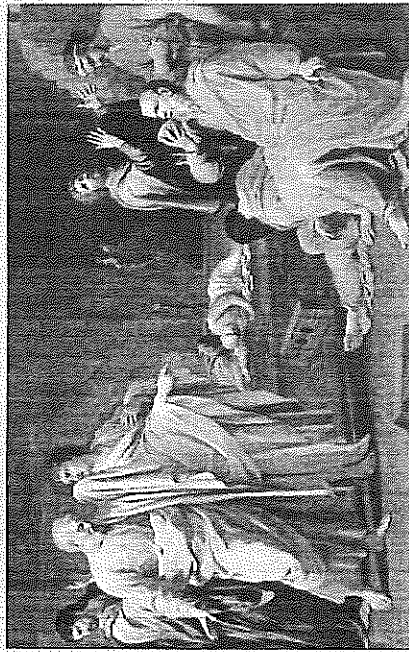
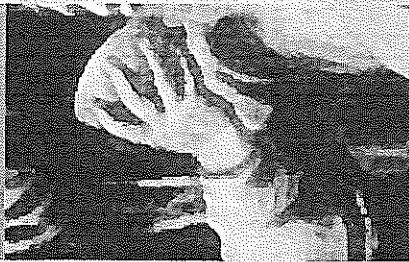
A organizadora da obra, **Monique Canto-Sperber**, é diretora de pesquisa do CNRS. Publicou numerosos ensaios consagrados à filosofia política e moral, como *L'intrigue philosophique* (1987), *Platón, Ménon* (1991), *La philosophie morale britannique* (1994), e organizou *Les paradoxes de la connaissance* (1991) e *Philosophie greque* (1997).

VOLUME 1

DICIONÁRIO DE ÉTICA
E FILOSOFIA MORAL

MONIQUE CANTO-SPERBER
ORGANIZADORA

DICIONÁRIO DE ÉTICA E FILOSOFIA MORAL



EDITORA UNISINOS

Saúde/Grande-Rabinato, encarregado do controle das transplantais; legalização oficial pelo Estado de todas estas disposições.

A fonte talmúdica que permite estabelecer a tese da morte cerebral, é, especialmente a *Mishna (Chofot, 1, 6)*, que estipula: "O homem não comunica a impureza senão quando a alma o deixou. Mesmo que ele esteja seriamente ferido, mesmo que agonize, ele se submete (à sua cunhada) ao levirato e dispensa (sua mãe) do levirato (...). Se tem a *cabaza cor-de-rosa*, embora convulsivo, estão impuros (e portanto reconhecidos como mortos). É como a cauda do lagarto que convulsiona". Isso resulta que, em caso de decapitação, todo movimento, compreendido até o cardíaco, apresentado pela vítima deve ser considerado como uma convulsão *post mortem*, e não poderá questionar a realidade da morte.

A posição do Grande-Rabinato de Israel se justifica então pela identificação da morte cerebral com uma decapitação pura e simples e, assim, não contradiz de modo algum a definição clássica estabelecida pelo rabino M. Sefot. Entretanto, desde que foi conhecida, esta resolução deu lugar a uma grande polémica e a uma feroz oposição por parte de várias sumidades do direito rabínico, recusando esta assimilação um tanto ousada.

O desafio deste debate é verdadeiramente dramático: segundo as opiniões que têm como critério da morte a paratizada acumulada das funções cerebral e cardíaca, retirar antecipadamente um órgão qualquer de um indivíduo em estado de morte cerebral, mas apresentando ainda uma atividade cardíaca, significa cometer um verdadeiro homicídio, que de modo algum atenua a finalidade terapêutica desse ato.

A vida, conforme a *halakha*, é absolutamente inviolável. Como proclama a *Mishna (Chofot, VII, 7)*, já mencionada por ocasião da questão do aborto, "não se repele uma vida em prol de outra vida". Ora, para o judaísmo, a vida de um só momento é tão preciosa quanto uma vida durável, e para preservá-la autoriza que se transfira o *halakha* (I. *Yoma, 85 v e ch. A. Orat, 1, 10, 39, 4*). Mesmo condenada a um prazo breve, ela permanece sendo um valor supremo, inflexível, qualquer que sejam a qualidade dessa vida, as capacidades e o grau de consciência de que a pessoa dispõe. "Não dispomos de nenhum padrão que nos permita avaliar o preço e a importância da vida" (Auerbach, em *Halakha Otreparat - Lei e Medicina - t. 3, 1963*), "o valor da vida humana não é quantificável, e por isso ela é indivisível e cada partícula dela é infinita" (Jakobovits, *Jewish Medical Ethics*, 1975).

Em consequência disso, o dano causado a tal vida mencionada constitui um verdadeiro assassinato. "Aquele que fecha os olhos (de um moribundo) no momento em que a alma o deixa é um assassino" (*Ch. A. Yore Dea, 339, 1*). Esta primazia absoluta atribuída à vida, o reconhecimento do seu caráter sagrado e intangível, explicam, aliás, a condenação categórica, por parte do judaísmo, da *eutanasia* sob todas as suas formas. Esta questão "diz respeito muito especialmente a pontos de sensibilidade judaica", pois a importância dada ao sofrimento é um dado fundamental do direito rabínico. Mas, na circunstância, "a preocupação explícita do judaísmo em attenuar o sofrimento humano" deve dar lugar à "santidade da própria vida" (Jakobovits, *ibid.*).

ções dev em permanecer excepcionais. Os textos rabínicos reprovam uma educação baseada no medo, e ensinam que se consegue mais pela doçura do que pela violência: Que sempre a mão direita atinja quando a mão esquerda repoula" (T. *Sota, 47b*).

Na verdade, esta concepção do direito de castigar se inscreve em uma visão mais geral, característica da relação judaica com a criação: a importância excepcional atribuída à missão educativa dos pais. Esta aparece no livro da Bíblia: de todas as virtudes de Abraão, gigante da moral e do espírito, é a do educador que é destacada por Deus: "Eu o amo porque ele ordenou a seus filhos e a sua casa depois de observar o caminho do Eterno, praticando a caridade e a justiça" (Gênesis 18,19). Consciente da influência formadora determinante dos anos da primeira infância, o judaísmo solicita aos pais que devam firmemente a vida a seus filhos, que lhes forneçam também os recursos para obter êxito em sua vida espiritual e moral. Pois a criação representa o futuro e a continuidade da tradição; e ela mesma transmitirá, por sua vez, os valores do judaísmo a seus descendentes.

Em última análise, é a conscientização aguda que pais e filhos têm da existência de uma mensagem específica - a ética judaica - que deve ser preservada, veiculada, transmitida de geração para geração até sua realização definitiva, que, no entanto, torna necessária e garante, no seio do judaísmo, a coesão da célula familiar.

> ABRAHAM A. S. *Nichomach's Ethics. Les Lois de Nicomaque*, Paris, 1967 e 1971 (ed. do autor) - RUDICH I. D., *Contemporary Halakic Problems*, New York, Ktav Publ. House, Inc., New York, 1977 e 1978 - GUCENHEIM E., *Les Jours de la Loi*, Paris, Minuit, 1962 - JAKOBOWITZ L., *Jewish Medical Ethics. A Comparative-Historical Study of Jewish Religious Attitudes to Abortion in the Past*, New York, Bloch Publ. Co., 1972 - ROSENBERG E. BLEICH J. D., *Jewish Medical Ethics*, New York, Bloch Publ. Co., 1975 - ROSENBERG E. BLEICH J. D., *Jewish Medical Ethics*, New York, Bloch Publ. Co., 1979 - WALDENBERG E. Y., *7th Edition*, L. 9, Jerusalem, 1967 (ed. do autor) - YOSSEF O., "L'Avortement à la lumière de la Halakha", in *Assis, L. 1*, Jerusalem, D. E. Schlesinger Institute for Medical Halakic Research of Shaare-Zedek Hospital, 1976 - ZILBERSTEIN L., "Salutaires d'embryons pour l'implantation afin d'éviter des enfants malformés et pour déterminer le sexe de l'enfant", *Assis, n. 51-52*, Jerusalem (cf. ed. supra), maio de 1972.

FOR MICHEL GUCENHEIM

Trad. de Sérgio Lopes

> Amor familiar e conjugualidade: Aborto, Decálogo Eutanásico, Procriação assistida; Transplante de órgãos.

JUSTIÇA

As teorias da justiça e a filosofia moral

Virtude cardinal, a justiça é em vários sentidos. Antes de tudo, como para Platão, no sentido do que ela comanda todas as virtudes e permite sua harmonização na alma do indivíduo. Ela guia a nossa vida em prol do nosso racional (*República*, 443 b-444a), assim como preside a felicidade da cidade. Para Aristóteles, ela é também a virtude que é "a totalidade da virtude" (*Ética a Nicômaco*, V, 3, 1292 b

29), mas é também esta virtude mais específica que "realiza o que é vantajoso para o próximo" (*Aléxtran aguláin/Elápeon áyádein*) (1120 a 4). Ela é, então, não somente uma virtude, mas também uma necessidade da instituição política. Esta observação evidência a extensão do conceito herido pelo conceito e a união não intrínseca do político e do moral. Princípio político de divisão dos encargos e das vantagens da vida social (*díamíntiké/diamyntiké*) ou justiça distributiva, 1130 b 10-1131 b 25), princípio de retidão nas trocas (*díarkeiá/diarekaiá*) ou justiça comutativa, 1131 b 29-1134 a 10), ideal normativo que permite julgar e criticar o poder político, instituição encarregada de fazer respeitar a legalidade, a justiça é tudo isso e muito mais. As teorias contemporâneas da justiça, desenvolvidas sobretudo no mundo anglo-saxão em razão de uma tradição jurídica e constitucional diferente da França, têm procurado integrar estes diferentes aspectos em uma concepção única e universal da justiça, retomando assim a concepção aristotélica de uma justiça política e moral (*Ética a Nicômaco*, 1145 a 25-30) que seja uma força de coesão e de integração da sociedade. "A justiça é a principal virtude das instituições sociais, como a verdade é a principal virtude dos sistemas de pensamento (...) por mais eficazes e bem organizadas que sejam as instituições e as leis, elas devem ser reformadas ou abolidas se forem injustas" (Rawls, *A Theory of Justice*, 1971, p. 29).

Esta prioridade da justiça suscita muitas objeções, sobretudo se ela não tem o sentido limitado de um princípio aristotélico de coesão social em torno de uma concepção comum do bem, mas o sentido kantiano de princípios que sejam de verdadeiras idéias reguladoras das instituições sociais e políticas. Será então possível, tendo por base uma concepção tão ambiciosa, reformular a partir da justiça o conceito político e moral fundamental das democracias contemporâneas?

A demanda de justiça

Mas antes de compreender e julgar este projeto ambicioso, convém delimitar o campo da justiça. A questão mais imediata e aclarada da justiça - mas certamente não seu principal objeto - é a da *injustiça*. Citemos o apelo do Eclesiastes: "Eu andei por aí e vi todas as injustiças cometidas sob o sol e vi as lágrimas das vítimas da injustiça e elas estão inconsoláveis. Então eu louvei os que já estavam mortos, mais que os vivos que ainda estavam vivos; e mais felizes que os dois outros, aqueles que ainda não nasceram e que não viram a iniquidade cometida sob o sol." (4, 1-3). A justiça, em sua dimensão metafísica e religiosa, encontra como principal figura do mal é a facilidade pura que chamamos de *áshtara*, que não é em si nem justo nem injusto, mas opaco e com relação ao qual não temos poder, seja fato da natureza ou da história e dos homens.

Como não conseguimos compreender, não podemos acusar, o que é outra maneira de designar uma causa. Se nos aprofundarmos mais, na verdade, não é mais um apelo indistinto que ouvimos, mas uma acusação feita com relação a uma injustiça cometida por outra pessoa e que estamos preses a chamar de "bode expiatório", deixada para cometer uma injustiça ainda maior. A primeira forma de justiça é

retributiva. É o que o apelo mais desesperado e a acusação sem fundamento têm em comum:rometer a uma ordem que transformaria o sofrimento em sentido, que permitiria vingá-lo. Esta ordem, que designa a sua causa, e à qual o coro antigo emprestava sua voz para ajudar a cantar, é a da justiça. Édipo, Electra ou Média podem vagar sem compreender a razão do seu destino injusto, exaurindo-se em seus gritos. Mas os espectadores da tragédia sabem que a ordem da natureza foi perturbada e demanda reparação. A noção de justiça é terapêutica ao mesmo tempo da ordem social e da ordem das consciências perturbadas. Ela permite dizer, nomear, acusar ou louvar, onde não havia senão o grilo e o assombro.

Esta terapêutica é baseada na reparação e não na compensação ou na caridade. Por isso a principal figura da justiça tem os traços cruéis, mas compreensíveis, da lei do talão. A noção muito confusa de *merito* extrai dali seu poder emocional, estabelecendo um vínculo quase causal entre os méritos e as recompensas, os delitos e as penas; ela tranquiliza afirmando que, apesar de tudo, existe uma ordem. A ideia de justiça em suas formas mais antigas inspira-se nas próprias condições de toda troca: o contrato cria uma obrigação e permite estabelecer a injustiça como ruptura da promessa e a justiça como retorno à ordem perturbada. A demanda de justiça é então demanda de verdade além das aparências sociais. É este apelo que Justina Pascal, em seus *Discours sur la condition des gens de bien* (1660), quando opõe a natureza e a convenção, as "grandezas naturais e as grandezas das instituições". "Não é necessário, para que seja um duque, que tu o ostimes; mas é necessário que tu le saides. Se és um duque e um homem honesto, reconhece-te em tu e em outro estas qualidades. Mas se és um duque, mas não és um homem honesto, ainda assim le farei justiça [...] e não debarrei de ler por ti o desprezo interior que a baixeza do teu espírito merece." A ordem hierárquica convencional e exterior da justiça ele parece opor uma outra justiça baseada nas "verdadeiras" qualidades dos homens, qualquer que seja a sua condição. Surge aqui a ideia de uma objetividade da justiça permitindo decidir sobre o justo e o injusto. Assim, o ideal de justiça se confunde facilmente com aquele da compensação, do direito sobre a força, do verdadeiro sobre o falso, da realidade sobre as aparências.

As raízes psicológicas que se assemelham ao ressentimento e à recusa das diferenças, das desigualdades mesmo justificadas, são muito profundas. Na verdade, por meio da demanda de justiça, e dissimulada por ela, alguma outra coisa diz-se que Hegel é, mais perto de nós, a psicanálise viveu muito bem, ou seja, a demanda de reconhecimento que apenas a *ignomínia* da justiça distributiva não poderia satisfazer, ela que, como diz São Tomás de Aquino (*Summa teológica*, A. Justiça, t. II), "se estabelece atribuindo partes diversas a pessoas diferentes proporcionalmente a seus méritos". A ordem justa é aquela em que, apesar das extraordinárias disparidades do destino e dos méritos, meu sofrimento ou minhas necessidades são tão importantes quanto aqueles de qualquer um. Não podemos compreender a profundidade do sentimento de injustiça se não o vincularmos ao que representa a ausência de reconhecimento, à perda do respeito dos outros e de si mesmo quando nos tornamos uma "não-pessoa", moral, social e juridicamente falando. E nesse momento que a justiça pende

definitivamente para a moral e aspira a uma igualdade mais fundamental, mais anônima, à equidade no tratamento das pessoas (Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, V 1137 a 30-1138 a 3, e Rawls, 1971).

O direito e a justiça

A confusão está portanto no centro da demanda de justiça e faz com que ela seja condenada a permanecer sem resposta. Ela invoca uma ordem para pôr fim à injustiça, mas o problema todo é saber qual é essa ordem e como reconhecê-la. Ela é divina, natural ou convencional? É o problema clássico da justiça como Platão e os sofistas o colocavam, e ao qual as teorias do direito natural clássico e moderno, assim como o positivismo jurídico contemporâneo, têm tentado responder. Indissolivelmente, o fato e o valor parecem se fundir na afirmação original de uma regra evidente para todos que se opusessem à injustiça. Essa era a lição de Platão, para quem a questão da justiça era antes de tudo de ordem intelectual e cognitiva e, somente depois, normativa e prática: do conhecimento da ordem justa se deduz a decisão justa. Mas esta intuição fundamental da unidade da justiça legal e da justiça moral foi definitivamente arruinada pelo positivismo jurídico que separou o mundo do direito daquele da justiça, por mais chocante que isso pudesse parecer ao senso comum e ao moralista.

Para o direito natural clássico, existe "uma lei verdadeira, a razão certa (*ratio ratio*), em conformidade com a natureza, estendida sobre todos os seres, sempre de acordo com ela mesma, eterna" (Cícero, *De República*, III, § 22). Esta lei, exprimindo a própria ordem das coisas, é distinta da justiça dos homens e ajuda a corrigi-la, ensinando-nos quais são o lugar e a função verdadeiros de cada ser na ordem hierárquica da natureza. É o sentido do conflito exemplar entre Antígona e Creonte, em que a justiça dos homens deve se curvar diante da ordem da natureza. A genialidade de Platão (*República*, 434 d-441 a) está em ter utilizado uma comparação entre a justiça da alma e a política como pedagogia do reconhecimento desta ordem engendrada pela ideia do bem: "O Estado é justo pelo fato de cada uma das três ordens que o compõem desempenhar sua função [...] É preciso então nos lembrarmos de sempre, quando cada uma das partes que estão em nós desempenhar sua função, sermos justos e formos o nosso dever" (441 a). Assim se encontra baseada sua definição da justiça: "A posse do seu bem próprio e a realização da sua própria tarefa constituem a justiça" (433 e). Em Aristóteles (*Ética a Nicômaco*, 1134 b 18-1135 a 5), o direito natural de cada coisa deve ser compreendido como o que é mais adequado para conduzir o seu ser ao seu mais alto ponto de realização, à mais alta extensão de cada uma de suas qualidades e à união harmoniosa das partes deste conjunto. E São Tomás de Aquino acrescenta que não há coisa mais ou menos grande, porque "cada coisa é perfeita em seu gênero". Desse modo, existe uma relação justa entre as coisas, e esta relação justa é o próprio constitutivo do direito dos seres sobre as coisas. É a partir desta justiça da relação real que as convenções podem ser criticadas, remanequidas e aperfeiçoadas. A referência aristotélica a esta ordem da natureza como base da justiça é mantida entre os críticos contemporâneos da modernidade, como Leo

Strawson (1953, p. 15), Michel Villey (1984, p. 196) e Pierre Manuét (1994, p. 233ss), para os quais a justiça se apressenta como o estabelecimento dessa ordem perturbada pelo irracional das ações humanas.

O direito natural dito "moderno" dos juristas consultados do século XVII (Grotius, Pufendorf, Hobbes, Locke etc.), se emancipa, em parte, de suas origens tanto naturalistas quanto religiosas para se tornar um direito "do homem" em virtude da sua própria natureza. A natureza que vai lhe servir de critério objetivo é a "natureza humana". Mas ele não evitou por isso a questão fundamental de uma justiça "além" da justiça. Grotius responde a isso de maneira antifundacionalista, afirmando que é devido a cada indivíduo sua justiça. Ele extrai da observação da diversidade dos costumes a ideia da "lei natural", ou seja, de uma "justiça intermediária que é característica da humanidade" (*De iure pacis ac commerciorum*, I, 12-13). Esta se resume em duas proposições: 1) cada um tem o direito de se defender se é atacado; 2) ninguém tem o direito de prejudicar voluntariamente outro ser humano, salvo em caso de legítima defesa. O direito natural tende a se confundir com as condições de uma sociabilidade harmoniosa, mas não perdendo assim a qualidade essencial do direito natural, sua capacidade para estabelecer, em nome da natureza, uma limitação das pretensões do direito positivo para organizar ao seu modo a realidade? Como será possível apelar para o direito contra uma ordem política e social despolítica, até mesmo totalitária, se o critério fundamental do justo e do injusto é aquele da "conveniência"? Para responder a estas dificuldades, o direito contemporâneo, a partir de John Austin, amigo de James Mill (*The Principles of Jurisprudence Determinada*), mas sobretudo com Kelsen (*Teoria pura do direito*) e Herbert Hart (*Le concept de droit*, 1961), divorciou-se não somente da ideia de direito natural, mas de toda referência à justiça, a ponto de constituir uma ordem autônoma dos fatos. O positivismo jurídico, como têm sugerido alguns (Renard & Sosso, 1991, 27-28, 351s.), significaria então o triunfo de Calicles? A questão da justiça não teria mais nenhum sentido fora da expressão insustentável que ela encontra no direito positivo e na lei, fora da vontade daquele que possui autoridade e o poder de fato? Seria o caso de se calar diante das leis de Nuremberg, como foi o caso do grande jurista alemão Kelsen? Devemos concluir, que se tornando puramente humana, a exigência de justiça não poderia cumprir sua função?

A tentativa contemporânea de renovar o conceito do direito natural e seu papel de crítico do político, substituindo-o por uma interpretação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela Organização das Nações Unidas, responsáveis por sua aplicação, apresenta defeitos ao mesmo tempo conceituais e políticos que impedem a que se chegue a uma solução. No plano *concretista*, as Declarações dos Direitos Humanos são vítimas de uma ilusão de universalidade que a crítica culturalista contemporânea tem denunciado com propriedade. Seu caráter disparado e inconciliável é prova disso. Quanto à ideia de que seus direitos devem ser estabelecidos filosoficamente, ela é contraditória porque, se eles são universais, nenhuma filosofia particular saberia estabelecê-los, o que prova o seu caráter local e relativo a uma concepção particular e dominante do bem. No plano *político*, os Estados jamais reconheceram uma limita-

ção *jurídica* da sua soberania, e somente uma limitação *de facto* política e militar de sua soberania poderia desempenhar o papel de uma "justiça contra a justiça" no âmbito internacional. Ao contrário, se as Declarações dos Direitos Humanos estiverem integradas a uma verdadeira teoria da justiça, base de um consenso político, surge uma possibilidade de que tanto conceitual quanto politicamente uma ferramenta realmente eficaz torne-se disponível, e permite que se aja contra a justiça injusta, que se faça entrar a moral no campo de batalha política. E essa, pelo menos, a ambição das teorias da justiça.

O justo e o útil

Uma outra consequência da modernidade é que a virtude da própria justiça fica liberada de toda referência a uma ordem prévia de razões e valores. Ela se desliga da relação com um bem anterior à vontade humana para se tornar, com Hume, uma virtude "artificial", ou seja, o resultado da educação e da sociabilidade. Como diz John Stuart Mill (*Utilitarismo*, cap. 3), a justiça é inseparável do útil, não é outra coisa senão "o sentimento natural de ressentimento que foi moralizado de maneira a se identificar com as exigências do bem social". Da natureza ou da sobretutela, a justiça equilibrou o lado das convenções e das artes necessárias à sobrevivência do grupo, da própria espécie, para se confundir, ao que parece, com o interesse é o útil nas doutrinas utilitaristas.

Mas vale a pena recordar brevemente as bases da distinção radical entre o útil e o justo. A formulação mais clara se encontra em Platão (*Fédon*, 69 b). A justiça é uma "verdadeira virtude, acompanhada de pensamento, a que se viveu ou de que se afastam prazeres, honras e tudo o que há de parecido". Tal posição não tem sentido senão quando distinguimos a justiça ordinária, aquela de que toda sociedade necessita, e a virtude da justiça. É a alma intelectual, não a alma sensível, que compreende o bem que representa a justiça, independentemente de seus efeitos, felizes ou nefastos. Por isso é preferível, segundo a fórmula da cábala, sofrer a injustiça do que cometê-la, e a justiça é boa para o homem justo, ao contrário das aparências e do que pensam os adversários de Platão (*República*, 343 c, 367 d). Distinguido o homem justo da ação justa, Hobbes (*Leviatã*, XV) não está tão afastado do ideal platônico quando escreve: "O que dá às ações humanas o sabor característico da justiça é uma certa nobreza ou generosidade de temperamento pela qual um homem desdenha vislumbrar, para a satisfação da sua existência, o recurso à fraude ou à violação de suas promessas".

A concepção de justiça exposta por David Hume (*Tratado*, III, ii, 1 e 6) fornece, ao contrário, uma introdução exemplar à problemática contemporânea da justiça e vale a pena demorar-se um pouco nisso (Barry, 1959, 143-178). Hume vê a origem da justiça em um cálculo racional que permite maximizar o interesse pessoal em um contexto de guerra de cada um contra todos. Por que ser justo? Por que cumprir suas promessas, obedecer às leis? Por que proteger a propriedade privada se, como acabamos de ver, nem a natureza nem a sobretutela estão ali para nos pressionar? É que o interesse racional reconhece a necessidade de regras de justiça. Tal era já a definição da justiça proposta por Glauco e distinta tanto do cinismo de Trasímaco quanto

do idealismo de Platão. Para Glauco (*República*, II, 359 a-b), "quando os homens comecem e sofrem mutuamente injustiça e experimentam o prazer ou o dano, aqueles que não podem evitar um e obter o outro julgam ser conveniente se entender uns com os outros para não mais cometer nem sofrer injustiça. Dal nasceram as leis e as convenções dos homens entre si e as prescrições da lei foram chamadas de legalidade e justiça. Essa é a origem e a essência da justiça... A generalidade de Hume estará em colocar no centro da problemática da justiça a análise psicológica da transformação do interesse pessoal (Harsimaco) em busca do proveito mútuo (Glauco), evitando o altruísmo generalizado (Platão). Sua argumentação, que as análises contemporâneas da teoria dos jogos modelaram sob a forma do célebre dilema do prisioneiro, continua sempre atual e faz a transição entre a teoria da escolha racional, baseada na racionalidade prudencial, e as grandes tradições da filosofia moral: o kantismo e o utilitarismo.

Hume leva a sério a ideia de que não existem critérios independentes e exteriores ao "que é devido a cada um" (*op. cit.*, III, II, p. 134). Neste terreno, ele se opõe tanto a Locke e à ideia de estado de natureza e de contrato social quanto a Shaftesbury ou Hutcheson, que mantêm ainda em termos platônicos e aristotélicos a harmonia da felicidade e da virtude em um sentimento moral natural que nos coloca a observar as leis da equidade. Para ele, ao contrário, "o sentido de justiça nasce artificialmente da educação e das convenções humanas" (*ibid.*, III, II, p. 82). Somente as regras definem o que é justo. Mas Hume difere dos sofistas gregos e do ceticismo quando afirma que "embora sejam artificiais, as regras de justiça não são arbitrárias" (*ibid.*). Ele se atribui então a tarefa de explicar como estas regras se justificam, tanto pelo interesse pessoal quanto pela força da aprovação moral.

O ponto mais notável da sua concepção é a análise das *circunstâncias da justiça*, tanto psicológicas quanto materiais e sociais. É mister na verdade precisar o que nenhuma análise da justiça poderia esquecer, ou seja, que o interesse pessoal sozinho não pode conduzir às regras de justiça e que a questão da justiça só é colocada em circunstâncias bastante particulares, que levam a moderar a busca do interesse pessoal e a procurar a cooperação como solução racional. Hume sustentava que "é unicamente do egoísmo do homem e de sua generosidade limitada, acrescentada à parcialidade da natureza quando lhes proveu o necessário, que a justiça extrai sua origem" (*ibid.*, III, II, p. 96).

Dois pontos merecem a nossa insistência. Antes de tudo, a condição do egoísmo relativo. A argumentação de Hume teve aqui como modelo uma forma célebre: o dilema do prisioneiro. Trata-se de um paradigma do caráter racionalmente insolúvel, ou seja, sem recorrer à força, dos conflitos entre interesses puramente egoístas. Imaginemos (Lucas, 1980, p. 53; e Rawls, 1971, p. 310, 370 n.) dois prisioneiros suspeitos de haver cometido juntos um delito grave e interrogados separadamente em do outro. O juiz, não podendo provar sua culpabilidade neste crime sem obter confissões de ao menos um entre eles, pode no entanto acusar ambos de um delito menor. Oferece separadamente a cada um o seguinte caminho: se nem um nem outro confessarem, serão ambos condenados a uma pena de um ano de prisão por um delito menor. Se um dos dois confessar e testemunhar contra seu cúmplice, poderá ser li-

Mas Hume leva mais longe a sua busca e coloca uma nova questão, se perguntando o que faz da justiça uma virtude e não somente o resultado da prudência racional, o que, em si, não depende mais do interesse, mas da moralidade como preocupação com o outro (*Tratado*, III, II, 2, p. 99). Como se faz, "quando a injustiça está afastada de nós a ponto de não tocar de modo algum nosso interesse, mas ainda assim nos desgasta porque a encaramos como prejudicial à sociedade dos homens e perturbativa para todos aqueles que se aproximam da pessoa que é responsável por ela"? A resposta se encontra na *simplicia*. "Comparativos ao sofrimento por simpatia [...] Assim, o interesse pessoal é o motivo original da restrição da justiça, mas uma simpatia pelo interesse público é a fonte de aprovação moral que necessariamente está vinculada" (*ibid.*, III, II, 2, p. 101 e III, II, 6, p. 141). Estamos muito próximos aqui do espectador imparcial de Adam Smith, mas também da definição kantiana do ponto de vista moral pela *imparcialidade*. Hume, como Kant depois dele, mas de maneira diferente, mostrou que somente da subjetividade humana nasce a objetividade dos critérios de justiça. Somos capazes de superar nosso ponto de vista pessoal para "conversar juntos em termos razoáveis [...] A fim de chegar a um julgamento mais estável das coisas, escolhemos pontos de vista firmes e gerais, e em nossos pensamentos, os colocamos sempre, seja qual for a nossa situação presente" (*ibid.*, III, II, 1, p. 203-204).

Essa é a natureza dupla da justiça, resultante do interesse e da moralidade, de onde Hume (III, II, 6, p. 14) e as teorias contemporâneas retomaram este debate fundamental, reconhecendo com Hume que a arte da justiça não arrastava consigo seu despotismo. O próprio utilitarismo tem o mérito de propor uma definição simples e global da justiça por meio do útil. Afirma que o ato ou o decisão justos são aqueles cujas consequências produzem "a maior felicidade para o maior número de pessoas, cada um contando como um" (Bentham, *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*), que é uma maneira elegante e convincente de responder à questão do que é devido a cada um sem fazer intervir critérios externos, ou seja, sem utilizar "um princípio imaginário de justiça não baseado na utilidade" (Mill, *Utilitarismo*, V). O interesse do utilitarismo é, na verdade, deduzir a justiça do que os próprios seres humanos parecem buscar antes de qualquer coisa, do seu interesse racional. O problema da identificação artificial do interesse (Halévy, 1901). É melhor, então, para chegar a esta convergência, que o legislador suponha os homens movidos apenas por seus interesses, mesmo que este princípio seja falso. Vamos admitir por que o utilitarismo foi tão frequentemente confundido com o egoísmo ético, em razão desta hipótese do egoísmo psicológico, enquanto, como em Aristóteles, o que está em seu âmago é a questão da justiça como fonte de coação social.

A perspectiva radical de Bentham sobre a justiça penal é um bom exemplo das consequências de uma definição da justiça a partir da utilidade social. Exigindo, de acordo com Beccaria, que sigamos como princípio de avaliação dos sofrimentos "a maior felicidade do maior número de pessoas" e não o desejo de vingança, Bentham transformou a

bertado, enquanto o outro será condenado a dez anos de prisão. Se ambos confessarem, serão ambos condenados a cinco anos de prisão. Qual é a escolha racional que cada um deles fará na ignorância do que o outro faz para maximizar seu interesse pessoal? O egoísmo, como o altruísmo, não representam uma solução, como Hume bem viu. A única maneira de resolver racionalmente este conflito é constituir uma coalizão e parar de envolver o problema apenas na primeira pessoa. "O interesse pessoal bem compreendido mostra que é mais vantajoso para cada um abandonar o egoísmo a curto prazo e se abster de prejudicar um ao outro" (Lucas, 1980, p. 54). Recorre-se bem neste exemplo à natureza da racionalidade do justo que Glauco tentou sem sucesso explicar a Sócrates.

O segundo ponto de destaque na análise das circunstâncias da justiça diz respeito à escassez relativa dos recursos que fazem com que eles sejam distribuídos de maneira justa. Para Hume, a justiça não tem sentido na Idade do Ouro; ela diz respeito apenas aos indivíduos em conflito para obter recursos raras. O próprio Marx parece ter acreditado do que o progresso técnico permitia suprimir esta condição típica do mercado e atingir a abundância sem a injustiça. É este o sentido da fórmula "De cada um segundo a sua capacidade; a cada um segundo suas necessidades", que não é possível senão onde domina mais a escassez relativa dos recursos indicada por Hume (Van Parijs, 1992, cap. 3). O problema é que Marx enxerga essa escassez como que fixa no modo de produção capitalista; então, para ele, o mercado é um jogo de resultado zero, onde o ganho de um é a perda do outro, onde os interesses pessoais e de classe se enfrentam de maneira radical e onde somente a força pode buscar uma solução, conforme o dilema do prisioneiro. Somente quando a exploração capitalista for suprimida entraremos em uma era de abundância, onde os indivíduos podem se permitir ser altruístas, mas isso então não tem mais significado moral, porque dessa maneira não podemos melhorar o destino de ninguém. Em um outro caso, a questão da justiça deixa de ser colocada. Eis por que o marxismo radical não pode fornecer uma teoria da justiça. Se um marxismo moderado pode propor um outro ponto de vista (Van Parijs, 1992, cap. 4 e 6), reconhecendo que o conflito não é radical nem insuperável e que a exploração não é necessariamente sinônimo de injustiça (Barry, 1989, p. 154; e Van Parijs, 1992, p. 241s.). Em outras palavras, a demanda de justiça só tem sentido em condições normais da cooperação humana, ou seja, caracterizadas no mesmo tempo, e é preciso insistir, por convergências e por conflitos de interesses. Justiça é o que é mutuamente vantajoso (Barry, 1989, Gauthier, 1986) e não o que é vantajoso para o mais forte.

A referência às circunstâncias da justiça e portanto a decisão para as teorias da justiça (Kymlicka, 1990; Rawls, 1971, § 22; David Gauthier, 1986, cap. V; Brian Barry, *op. cit.*, § 18 e 22). Ela permite raciocinar em termos racionais não a partir de características das pessoas que têm direito à justiça, mas de circunstâncias da cooperação, o que é um progresso no sentido em que os julgamentos de valor sobre a pessoa são eliminados. Quem quer que sejamos, somos uma pluralidade de agentes, vulneráveis uns aos outros; compartilhamos um mesmo mundo e reconhecemos a necessidade de regras comuns de justiça, mesmo que pertençamos a classes sociais, culturas etc., em conflito.

concepção da avaliação do sofrimento. Este deixa de ser um castigo para se tornar um meio de profilaxia a serviço do bem-estar social. A reforma do direito penal proposta por Bentham tem ainda hoje acentos revolucionários procurando distinguir o que é realmente útil à ordem social do que é a expressão da vingança e do irracional.

Para o utilitarismo, o ato justo é, portanto, aquele que maximiza a utilidade, porque trata de maneira igual todas as preferências, todos os interesses e desejos individuais segundo a fórmula de Bentham, sem se ocupar do seu conteúdo: o importante é então o *intimamente igual* das pessoas, o que corresponde ao nosso sentido de justiça. Todo mundo é importante e todo mundo é igualmente importante. Esta é a verdadeira razão pela qual atos que maximizam as utilidades de maneira igual podem ser moralmente justos. É portanto *intrinsecamente* e não *extrinsecamente* que a maximização da utilidade deve produzir a justiça. Se deixamos de insistir nesta dimensão igualitária do utilitarismo, este perde então toda pertinência para esclarecer a questão da justiça. É preciso completá-lo por um princípio de igual consideração pelo valor moral das pessoas, que se traduz pelo imperativo de uma consideração igual pelo bem-estar de cada um. A lacuna do utilitarismo reside então essencialmente no fato de que ele não determina que sua concepção de igualdade deva se aplicar não às utilidades e às preferências, mas às próprias pessoas. Teríamos evitado toda e qualquer referência à pessoa para se concentrar em uma avaliação "objetiva" e imparcial das utilidades, o utilitarismo se arrisca, aliás, a contradizer nossas intuições morais mais fundamentais.

A teoria rawlsiana da justiça

Face às fragilidades do utilitarismo, Rawls (1971) tentou construir uma teoria da mesma amplitude, mas com pressupostos opostos. Partindo do liberalismo como a Constituição norte-americana o entende, ele afirma a *primordialidade* da liberdade sobre todos os outros valores morais e políticos e daí deduz sua tese fundamental: a *primordialidade* do justo sobre o bem (concepção deontológica da justiça), ao contrário do utilitarismo, que, como já vimos, deriva o justo do bem (concepção teleológica da justiça), a sociedade mais justa sendo aquela em que a felicidade é maximizada. Assim fazendo, o utilitarismo contradiz o princípio liberal da legitimidade, impõe uma concepção particular do bem como critério de justiça, enquanto o respeito pela prioridade da liberdade subentende o respeito pelo pluralismo moral e pela diversidade das concepções do bem. Para Hume, este pluralismo moral não faz igualmente parte das circunstâncias da justiça? Sem ele, não poderíamos falar de justiça.

Ora, este pluralismo tem uma origem mais profunda, ou seja, que o liberalismo reconhece o caráter fundamentalmente único de cada pessoa e exige o respeito desta unicidade e deste caráter distinto das pessoas. Por isso, para Rawls, a proteção das liberdades e dos direitos fundamentais, liberdades civis e políticas, direitos sociais e econômicos, a prioridade sobre a busca do bem-estar do conjunto. "Os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a uma negociação política nem ao cálculo dos interesses sociais" (Rawls, 1971, p. 30). A distribuição ideal, segundo o critério de Pareto - uma distribuição que eficaz se

não podemos melhorar a posição de uma única pessoa sem também agravar a das outras - não fornece um critério de justiça suficiente, como pensava a economia normativa, inspirada pelo utilitarismo. Na verdade, ela não autoriza as correções que permitiriam a cada um o acesso aos recursos necessários à sua dignidade pessoal, sem referência à utilidade total (ibid., p. 98-102). O utilitarismo constrói a utilidade total por agregação, como faria um indivíduo avaliando sua utilidade global a partir de suas próprias preferências do bem-estar (Sidgwick, *Methods of Ethics*, III, xiii, p. 392), negligenciando o caráter distinto das pessoas. Ele define a justiça a partir da intensidade das preferências exprimidadas sem julgamento sobre estas preferências, o que conduz a consequências profundamente imorais onde, por exemplo, uma maioria movida pelo ódio racial é justificada a ir radiante nos direitos das minorias, se isso maximiza a utilidade total.

Os dois princípios de justiça propostos por Rawls representam, ao contrário, um retorno aos valores da constituição americana e ao "sentido de justiça" dos cidadãos de uma democracia liberal. As suas instituições morais fundamentais: a rejeição da escravidão, da discriminação religiosa, étnica, sexual, o respeito pela liberdade religiosa, que são o resultado da história e da cultura política das democracias.

Que argumentos permitem justificar estes princípios que Rawls o reconhece, não correspondem necessariamente, sobretudo o princípio da diferença, às nossas concepções morais pessoais?

Rawls antecipa uma série de argumentos complexos em termos de "posição original" que todos mostram que, se, pela imaginação, não nos colocássemos nas condições de um contrato equitativo com todos os nossos concidadãos, na ignorância do nosso lugar na distribuição dos bens e das desvantagens pessoais (o celebre "véu da ignorância"), escolheríamos necessariamente estes princípios de justiça. Dois aspectos da justificação merecem ser destacados para melhor compreendê-los como, para Rawls, conforme o que dizia Hume, os princípios da justiça podem ser artificiais sem ser arbitrários.

O primeiro é a constituição de uma *comunidade de justiça* que, sozinha, dá sua força de persuasão aos princípios, quando eles diferem da nossa concepção moral ordinária. "Sendo conhecida por reconciliar graças à razão, a justificação tem seu ponto de partida no que todos os participantes da discussão têm em comum" (Rawls, 1971, p. 580). Isso supõe que eles põem de lado o que os separa para entrar em acordo sobre os princípios da sua cooperação. Esta exigência de imparcialidade é representada, em Rawls, pela ficção do contrato social equitativo, ou seja, a partir de uma posição original em que os contratantes escolhem os princípios que governarão sua associação política, estando colocados atrás de um véu de ignorância. De que valeriam na verdade princípios que eu poderia modificar em função de informações sobre minhas circunstâncias sociais, meus méritos e meus talentos ou minhas desvantagens? "Um teste para saber se uma justificação é suficiente consiste em ver se a aceitarmos sempre estando no lugar de outra pessoa. A harmonização dos julgamentos exige a construção de uma forma realmente inter pessoal de justificação que, apesar de tudo, seja aceita por cada indivíduo. Nossa preocupação de moralidade não é ape-

"desigualdades justificadas" (segundo princípio de justiça), é necessário lembrar desde o início que a igualdade dos direitos e das liberdades é prioritária, ou seja, que nenhuma desigualdade é justificada se, em primeiro lugar, a proteção do Estado de direito não for assegurada. Em seguida, será ponderado que Rawls não fala de desigualdades justificadas senão como uma segunda condição, da própria prioridade, ou seja, que seja realizado um contexto não somente de igualdade de oportunidades, mas de igualdade equitativa (*fair*) das oportunidades. É este ponto que requer esclarecimentos.

A ideia liberal clássica da justiça "meritocrática" é a da recompensa dos talentos em um contexto de liberdade e igualdade de oportunidades. É uma concepção que é essencialmente baseada na rejeição das desigualdades sociais, em um ideal de mobilidade social em conformidade com o sonho americano da *terra de oportunidades*. Este ideal liberal individualista se opõe, bem entendido, fundamentalmente ao ideal igualitarista, pois este último nega as diferenças individuais de mérito, de esforço; o igualitarismo seria movido apenas pela inveja e pelo ressentimento. Rawls tenta corrigir a concepção liberal da igualdade sem cair nas insuportáveis do igualitarismo graças ao conceito de *equilíbrio (fairness)*. A censura essencial que ele dirige ao liberalismo clássico é que este não leva em consideração senão as igualdades sociais, aquelas que provêm do meio social. Ora, existe um outro tipo de desigualdades que, elas sim, são naturais. Nossos trunfos e nossos dons naturais, assim como nossas desvantagens, não são mais dignos de recompensa ou de penalização que o acaso do nosso nascimento. São totalmente contingentes. A igualdade das oportunidades corrige apenas um aspecto do quadro, dizendo que as desigualdades do destino não são justificadas, a menos que resultem do nosso esforço ou da nossa ausência de esforços. Posso livremente escolher levar uma vida ociosa e não posso me queixar de sorte menos boa que daí resultará para mim. É o próprio exemplo de uma desigualdade merecida, justificada.

Mas se a energia, a confiança em um mesmo, necessárias para alcançar o sucesso social, estiverem ligadas a um caráter mais sólido, a um capital genético melhor pelos quais não tenho nenhum mérito, seria possível ainda continuar a acreditar que este sucesso é justificado? O mesmo raciocínio deve ser aplicado ao revés social. Não é injusto considerar responsável por seu revés social aquele que é desprovido de talentos úteis? É porque a segunda parte do segundo princípio especifica claramente que aqueles que têm mais talentos não merecem os benefícios que eles extraem disso e que estes não podem ser justificados senão na medida em que melhoram a situação dos mais desfavorecidos (Kymlicka, 1990, 55-58). A equidade não é de modo algum a igualdade, no sentido em que, em Aristóteles (*Ética a Nicômaco*, V, 1137 a 30-1138 a 3), ela permite reintroduzir desigualdades em nome da especificidade dos casos tratados. Ao contrário, reforça a igualdade entendendo-a às igualdades naturais, evitando assim a injustiça do igualitarismo.

Isso dito, fica a questão dupla das lacunas da teoria da justiça e de sua extensão às questões de justiça que preocupam o mundo contemporâneo. A primeira lacuna, a mais grave, diz respeito à força coercitiva dos princípios e a obrigatoriedade política, ignorada na *Teoria da Justiça*. As outras lacu-

nas vêm do fato de a teoria tratar sobretudo de questões clássicas da liberdade de consciência, da guerra justa, da objeção de consciência, da desobediência civil. Será que ela pode ser estendida aos problemas da justiça entre gerações? da justiça diante da natureza, dos animais e do ambiente? Enfim, os feministas procuraram ver se o véu da ignorância permitia falar de uma verdadeira imparcialidade com relação à desigualdade entre os sexos (S. Okin, 1989, cap. 3). O debate em torno da concepção rawlsiana da justiça assumiu tanta amplitude que é difícil resumir-la fazendo um resumo (Kymlicka, 1990, cap. 4-7). Um ponto fundamental dela é a questão do individualismo moral característico das teorias liberais da justiça que são ou insuficientemente individualistas para os libertários ou demasiado para os comunitaristas.

Nozick (1974, Van Parijs, 1992, cap. 5) desenvolve uma teoria libertária da justiça como habilitação (*entitlement theory*), que seria a única a realmente levar a sério a defesa da liberdade individual. Todo princípio de justiça conduz a uma interferência com o livre jogo das decisões individuais em nome de critérios preestabelecidos. Os únicos princípios que escapam desta crítica são "históricos", no sentido em que a justiça ou a injustiça da distribuição apresentada recursos, dependem da maneira, legítima ou não, como ela é constituída, de sua gênese histórica. E, sobretudo, são eles que escapam de toda configuração preestabelecida da natural, como por exemplo a distribuição igualitária. Vê-se como Nozick também procura respaldar a condição humana de princípios ao mesmo tempo artificiais e não arbitrários. Daí seus princípios de justiça: 1) um princípio de apropriação original de um bem que é legítimo se não se toma nada de ninguém e se (a cláusula lockeana) não se deteriora a situação de ninguém; 2) um princípio de transferência justa; 3) um princípio de retificação. Uma sociedade é justa se a configuração atual da distribuição dos encargos e das vantagens da vida social é o resultado de transferências justas operadas a partir de uma partilha inicial justa, cuidando para que os bens públicos não sejam acambarados por uma minoria (cláusula lockeana). A concepção libertária da justiça conduz a uma forma de anarco-capitalismo em que a intervenção do Estado em matéria de justiça é mantida ao grau mínimo em nome da proteção da liberdade.

Ao contrário, para os autores comunitaristas, a falência da teoria de Rawls vem do seu individualismo abstrato e da sua incapacidade para compreender que a coerência social é o objetivo final da justiça, conforme o projeto aristotélico (Sandel, 1982; Taylor, 1988; Walzer, 1984; MacIntyre, 1988). A discussão tem por objeto dois pontos essenciais: a prioridade da justiça e a prioridade da liberdade, que conduzem ambas a uma concepção associada e abstrata da pessoa humana a qual a justiça se aplica. As estas críticas, Rawls responde mostrando que seu individualismo deve ser compreendido no sentido kantiano da pessoa moral (Rawls, 1980, 1993, cap. 2) e não no sentido metodológico da teoria da escolha racional (Rawls, 1985). Por outro lado, ele desenvolveu uma reflexão sobre a capacidade integrada da teoria da justiça, mostrando como ela pode se tornar objeto de uma concepção particular sem fazer diretamente intervir uma concepção particular do bem e da boa vida (Rawls, 1993, cap. 4 e 6).

Contanto que se compreenda o individualismo liberal como um individualismo *razão*, e não como um individualismo metodológico, e sobre este ponto a contribuição dos trabalhos de Charles Taylor (1988) e de Paul Ricoeur (1990) é considerável, é difícil ver como se poderia conciliar a liberdade dos indivíduos e a justiça sem menosprezar o que Aristóteles chamava de exigência fundamental de equidade.

Justiça e soberania

A crítica mais severa, porém, diz respeito, sem dúvida, à ausência nas teorias da justiça de uma reflexão sobre a concessão e a soberania, que são partes integrantes da justiça social e política.

Na verdade, a justiça, seja qual for a concepção que dela propomos, está indissolivelmente ligada ao político na medida em que a ordem que ela tende a instaurar sob a forma da legalidade não tem realidade sem a coerção política, em que os princípios de justiça, mesmo que sejam escolhidos e livremente consentidos, devem antes de tudo ser obedecidos. É neste ponto que as teorias da justiça parecem mais frágeis. Ao que parece, o vínculo entre os princípios e a autoridade política não está aí explicitado. A autoridade política é a única fonte real da justiça. Essa é a própria definição da soberania. A escolha dos princípios pelos cidadãos não pode ter senão um papel menor e as teorias da justiça se tornariam epifenômenos. A justiça sem a força não é nada. Daí, a célebre observação de Pascal, "formam-se justo obedecer à força; não podendo fortalecer a justiça, justificou-se a força a fim de que a justiça e a força se tornassem juntas, e que fosse feita a paz, que é o bem soberano" (*Pensamentos*, 233, ed. Brunschvicg, 1957). Deve-se dizer que a justiça não seria senão um subterfúgio do poder e do seu apelo a "uma autoridade de outra ordem, que pudesse conduzir sem violência e convencer sem convencer" (Rousseau, *Contrato social*, II, 7)? Isso significa esquecer que a justiça é uma exigência que faz prender o político e não é somente seu produto. Ela parece requerer *tanto* poder político se quiser sobreviver. É a crença na justiça de uma decisão, de uma lei, de um julgamento, de uma instituição etc., que nos faria aceitá-la. A justiça transformaria a dominação em autoridade e a submissão em dever. Mesmo um bando de bandidos, já dizia Platão (*República*, I, 351 e-352 *ff.*), não poderia se abster de estabelecer o instrumento de legitimação política. A justiça deve depender plenamente da moral, da equidade e não mais apenas da legalidade. Na verdade, se a lei contrária não violentamente nosso sentido de justiça, ela não poderá ser obedecida durante muito tempo. Quer o conteúdo da justiça seja definido por referência a uma ordem natural, à lei da razão ou a convenções livremente impostas, isso indica um ideal normativo com o qual o poder político deve se conformar. A justiça é a disposição de realizar ações que "produzem e conservam a felicidade, e os elementos desta, para uma comunidade política" (Aristóteles, *Ética à Nicômaco*, V, 3, 1129 b 13-14).

A exigência de justiça é portanto ao mesmo tempo interna e externa ao político. Na verdade, esta exigência de legitimação e de justificção que irá crescendo sem parar remete a um paradigma moral, quer ele seja objetivo como

no mundo pós-moderno, ou subjetivo como no mundo moderno. A utilidade das teorias da justiça é explicitar este paradigma e torná-lo público. Em nome da justiça, os direitos dos governantes e também os direitos dos governados serão então sem cessar examinados, reavaliados, discutidos, o que prova bem que a autoridade política é submetida a um critério moral externo. Esse é o sentido profundo do constitucionalismo americano, em que a Constituição despenha de qualquer modo este papel de paradigma moral graças às suas contínuas reinterpretações. Esse é o sentido da ideia de razão pública como "fórum de princípios" desenvolvida a partir de Kant ("Quê está com os Luminares?", 1784, p. 85-86), tanto por Rawls (1993, cap. V) quanto por Habermas (1992). Foi por isso que Hannah Arendt escreveu que a faculdade de fazer promessas e de sustentá-las [é], no domínio político [...], a mais elevada faculdade humana". Quando se fala dessa externalidade da justiça ao político, ao que se visa é esta base antropológica da vida em comum.

É no pensamento político liberal que essa externalidade da justiça ao político foi melhor mostrada. É neste quadro também que se desenvolvem as teorias contemporâneas da justiça que mais apelam para a filosofia moral. Dizendo que a justiça é a principal virtude das instituições políticas e sociais que, sozinha, permitiria o desbrochar do homem justo garantindo os direitos fundamentais da pessoa e respeitando a dignidade de cada um de maneira igual (Rawls, 1971, p. 29 e 36-37), queremos dizer que ela representa a ideia reguladora da democracia, permitindo criticar as instituições políticas e sociais e as práticas correspondentes. Em uma sociedade justa, o poder político está subordinado aos indivíduos e ao seu bem, tanto pessoal quanto comum, e não o inverso.

fr. *Théorie de la justice*, Paris, Le Seuil, 1987; Rawls J., *Justice et Équité: Principes de Justice*, 1971-1989, ed. C. Audard, Paris, Le Seuil, 1993; *Principles of Justice*, Columbia Univ. Press, 1993 (trad. fr., *Leçons de justice*, Paris, PUF, 1995); ROZ-1, *The Morality of Freedom*, Oxford Univ. Press, 1986; DENAUT A. & SOULEL L., *Philosophie de la loi*, Paris, PUF, 1991; MCCORMACK L. & SOULEL L., *Philosophie de la loi*, Paris, PUF, 1991; MCCORMACK L., *Le droit naturel de la justice*, Cambridge Univ. Press, 1992 (trad. fr., Paris, Le Seuil, 1989); SCANTON T. M., "Utilitarianism and contractarianism", in SEM A. & WILLIAMS B. (Eds.), *Utilitarianism and Ethics*, Londres, Macmillan, 1974 (trad. fr., Paris, PUF, 1993); 57 RAUUS L., *Natural Right and Liberty*, Chicago Univ. of Chicago Press, 1953 (trad. fr., Paris, Le Seuil, 1989); TAMMOR C., *Summa of the Self*, Cambridge (Mass.), Harvard Univ. Press, 1988 (trad. fr., Paris, Descartes, 1987); VAN PAREM M., *Qu'est-ce que la justice?*, Paris, Le Seuil, 1993; VALLEY M., *Philosophie de la loi*, Paris, Daloz, 1984; VALZERAM, *Spheres of Justice*, New York, Basic Books, 1984 (trad. fr., *Les sphères de la justice*, Paris, Le Seuil, 1997).

FOR CATHERINE AUDARD
Trad. de Mayra Lopes

Aristóteles; Beuchamp; Contractualismo; Direitos; Economia; Humane Igualdade; Libertarismo; Moral; Plano; Rawls; Responsabilidade; Utilitarismo.

JUSTIÇA INTERNACIONAL

A Carta das Nações Unidas tem particularmente por objetivo "manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim, tomar as medidas coletivas eficazes destinadas a prevenir e a afastar as ameaças à paz, a reprimir todo ato de agressão ou outra ruptura da paz, e a realizar, por meios pacíficos, um conformidade aos princípios da justiça e do direito internacional, o ajustamento ou a arbitragem de disputas ou de situações, de caráter internacional, suscetíveis de levar a uma ruptura da paz" (Carta, art. 1.º § 1). Ao distinguir assim a "justiça" e o "direito internacional", ou, como diz o preâmbulo, o "respeito às obrigações nascidas dos tratados e outros fontes do direito internacional", a própria Carta apela a algo além do direito. Encontramos uma distinção próxima no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, "o órgão judiciário principal das Nações Unidas" (Carta, art. 92), já que a Corte pode se pronunciar seja com base no direito positivo, seja "se as partes estiverem de acordo, esmiuçar *ex aequo et bono*" (Estatuto, art. 38, § 2), isto é, com equidade. Assim a função do juiz internacional pode se exercer nos dois registros distintos do direito internacional e da equidade. O paradoxo é que é o próprio direito positivo que prevê sua colocação entre parênteses em proveito de noções "superiores" como as de justiça ou de equidade.

A justiça como princípio

Uma justiça contintinua. — Durante muito tempo, a sociedade internacional foi concebida como uma "sociedade entre Estados", tendo como únicos sujeitos — ou sujeitos primários — Estados soberanos e iguais. E então um "direito de justaposição" que regia as relações horizontais entre os Estados, por oposição ao "direito de subordinação", que

caracteriza as relações verticais entre governantes e governados no ordenamento interno. Vale dizer que a justiça internacional foi concebida como uma "justiça cumulativa", segundo a terminologia aristotélica, fundada sobre a reciprocidade dos direitos e das obrigações entre Estados. Nesse quadro, o tentado de "fazer justiça por conta própria" por meio de represálias ou "contramedidas" só aos poucos foi substituída pelo recurso a um terceiro árbitro imparcial, independente das partes.

Foi a origem da arbitragem internacional que marcou a história do direito internacional como a forma primeira de uma justiça acima das partes, embora se deva supor que os Estados aceitem o princípio do recurso à arbitragem, entendendo-se sobre a composição e o procedimento do "tribunal arbitral", e comprometem-se então a executar a "sentença arbitral". Nesse quadro muito aberto, a arbitragem podia ser uma "arbitragem política", questionando o direito existente a fim de restabelecer o equilíbrio entre as partes, ou uma "arbitragem jurídica", visando a resolver um litígio sobre a aplicação ou a interpretação do direito existente. O caráter precário da arbitragem ocasionou uma série de esforços para codificar o princípio da arbitragem obrigatória, a partir das conferências de paz de Haia, de 1899 e 1907. A consagração da justiça internacional permanente no quadro da Sociedade das Nações e posteriormente da ONU não suplantou porém a arbitragem internacional, em razão mesmo da flexibilidade desta última. Enquanto a justiça internacional visa apenas às disputas entre Estados, a arbitragem pode se exercer em situações dissimétricas: arbitragem entre um Estado e uma organização internacional, entre um Estado e um indivíduo ou uma empresa, do mesmo modo que entre sujeitos privados.

Uma justiça distributiva. — Com a diversificação da sociedade internacional, a justiça não está mais apenas fundada sobre o ajustamento dos interesses recíprocos; doravante, ela leva em conta a garantia dos valores comuns numa verdadeira "comunidade internacional". Passamos assim de uma "direito relacional" a um "direito institucional" (René Jean Dupuy). Pode-se ver nesses desenvolvimentos a consagração de uma forma de justiça distributiva. A codificação a tal ponto em curso do direito internacional da responsabilidade vai nesse sentido, para além de um simples sistema de reparação com base na *res nullius in terrore*. A noção objetiva de "fato ilícito", decorrente da violação de uma obrigação internacional, dá lugar à consideração dos delitos, mas também dos "crimes internacionais" do Estado.

O indivíduo, transformado em verdadeiro sujeito do direito internacional, pode doravante reclamar justiça, inclusive contra seu Estado, se este aceitar um sistema de garantia coletiva dos direitos humanos. No direito clássico, um litígio envolvendo um indivíduo só podia ser objeto de uma disputa internacional por meio da "proteção diplomática", Estado tornando a defesa de seu cidadão por se considerar lesado na pessoa de um de seus membros. Com a proteção internacional dos direitos humanos, é, ao contrário, uma *actio popularis* que se esboça, um Estado podendo por em causa a responsabilidade de um outro Estado, sem ter ele próprio sofrido um dano por intermédio de seus membros. É o que declarou com força já em 1960 a Comissão europeia dos direitos do homem: "Ao firmarem a Convenção (européia dos direitos do homem),