

Ana Elizabeth Neirão Reymão
Suzy Elizabeth Cavalcante Koury
Coordenadoras

Desenvolvimento, Trabalho e Políticas Públicas

2017

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

 CESUPA
Centro Universitário do Estado do Pará

O PRINCÍPIO DA DIFERENÇA PARA ALÉM DA MERA COMPENSAÇÃO

HOMERO LAMARÃO NETO¹

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO²

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais - 2. Utilitarismo, direitos e bem-estar - 3. Justiça como equidade - 4. Libertarismo - 5. Meritocracia e loteria natural - 6. A sequência de quatro estágios - 7. A justiça como equidade proporciona proteção ou apenas compensação por desigualdades? - 8. Conclusão - 9. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Deve o princípio da diferença, na teoria da justiça como equidade, de John Rawls, ser entendido como mera compensação, ou deve ter um papel mais concreto, mais proeminente?

O objetivo deste breve ensaio é responder afirmativamente à segunda hipótese, demonstrando a possibilidade de interpretar seu sentido mais amplo como garantia de um padrão mínimo adequado às necessidades individuais.

1. Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará - UFPA. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará - UFPA. Juiz de Direito. E-mail: homerolamaraoneto@yahoo.com.br
2. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica - PUC/SP. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará - UFPA. Titular da Cadeira nº 26 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. E-mail: jclaudiobritofilho@gmail.com

Para isso, os principais aspectos da teoria de Rawls serão apreciados a seguir, firmando as bases necessárias para a compreensão hipótese que será aqui defendida.

Além disso, serão necessárias algumas palavras em relação a duas outras concepções de justiça, também em aspectos que interferem nas discussões que aqui serão travadas: o utilitarismo e o libertarismo. Começaremos com a concepção utilitarista.

2. UTILITARISMO, DIREITOS E BEM-ESTAR

As concepções liberais efusivamente difundidas no século XVIII propiciaram duas revoluções que modificaram o padrão jurídico e institucional do mundo ocidental: a revolução norte-americana, em 1776, e a revolução francesa, em 1789. Com esses ideais, as formulações utilitárias também marcaram época, imprimindo um novo conceito sobre moralidade, agora despido de preceitos divinos ou abstratos.

Rachels (2006, p. 92-93) sustenta que o utilitarismo foi proposto por David Hume, porém Jeremy Bentham e John Stuart Mill é que teriam propiciado as formulações definitivas do que se consagrou como uma intensa modificação do pensamento do ser humano no século XIX.

Bentham defendia a existência de um único princípio moral fundamental, identificado como princípio da utilidade, balizador das condutas humanas. Por este princípio, a aprovação ou desaprovação de qualquer conduta dependeria da quantidade de felicidade que se pudesse causar à pessoa cujo interesse estivesse em jogo. Assim, a moral, e consequentemente, a justiça de uma conduta seriam constatadas se aumentasse a quantidade de felicidade.

Ainda conforme Rachels (2006, p. 104), a versão clássica da teoria, porém, teria obtido nova formatação com as formulações subseqüentes de John Stuart Mill, com a obra “O Utilitarismo”, de 1861, firmando-se três premissas para sua composição: a) a correção ou não de uma ação depende exclusivamente da virtude de suas consequências; b) a avaliação dessas consequências é feita exclusivamente pela quantidade de felicidade ou infelicidade proporcionada; c) a felicidade de cada pessoa tem um peso igual ou o mesmo valor para o cálculo utilitário.

Merece registro a ponderação de Sandel (2012, p. 64-66), no sentido de que a tentativa de Mill de reforçar a teoria utilitarista, na realidade, teria provocado um desvirtuamento da sua concepção básica quando, por exemplo, apela para valores morais além dos utilitários.

Os novos preceitos defendidos por Mill, no princípio da utilidade, concentraram-se na análise de “valores mais elevados”. Assim, enquanto a concepção inicial de Bentham dotava a aferição da moralidade do ato exclusivamente em decorrência de suas consequências, ou seja, do saldo líquido de felicidade apresentado, a nova versão defendia que uma conduta poderia, num determinado momento, apresentar elevado índice de satisfação, porém, a longo prazo, esse prazer poderia ser descaracterizado.

Um exemplo pitoresco para compreender essa nova feição desencadeada pode ser verificado no âmbito universitário. Alunos do curso de Direito que optam por não comparecer à classe de filosofia política para jogar futebol e que acreditam severamente que o futebol pode lhes proporcionar maior prazer do que o estudo de teorias da justiça certamente poderão encontrar maior saldo de felicidade momentânea na partida, mas, a longo prazo, com a deficiência de sua formação, poderão não creditar tanto valor àquela felicidade instantânea.

Dois pontos são enaltecidos nessa teoria plenamente classificada como consequencialista: a) enquanto padrão de moralidade, há uma preocupação com o bem-estar das pessoas; b) é uma teoria que prega o igualitarismo e tal fator deve ser reconhecido como extremamente relevante para os padrões da época, pois garante a igualdade de condições para o exercício do cálculo (em busca da felicidade). Sobre as inovações do pensamento utilitarista, Kymlicka (2006, p. 60) sustenta:

Argumentei que o utilitarismo poderia justificar o sacrifício dos membros fracos e impopulares da comunidade para o benefício da maioria. Contudo, o utilitarismo também foi usado para atacar os que detêm privilégios injustos à custa da maioria. Na verdade, o utilitarismo, como movimento político e filosófico consciente de si, surgiu como uma crítica radical da sociedade inglesa. Os utilitários originais eram “Radicais Filosóficos” que acreditavam em repensar completamente a sociedade inglesa, uma sociedade cujas práticas eles acreditavam não ser produto da razão, mas da

superstição feudal. O utilitarismo, nesse tempo, era identificado como um programa político progressista e preocupado com reformas – a ampliação da democracia, a reforma penal, as provisões para o bem-estar social etc.

Dentro das limitações impostas a este artigo, não serão conferidos destaques às proposições subseqüentes ao utilitarismo clássico, adotadas com o fito de refutar as críticas que lhe foram outorgadas, bastando, nesse momento, a simples menção da existência dessas reformulações direcionadas ao seu aperfeiçoamento.

Contudo, a despeito dessas tentativas de aperfeiçoamento, merece registro o fato de que o mesmo ponto de enaltecimento, o valor igual conferido às pessoas na determinação da maximização da felicidade, também gerou uma concentração demasiada das críticas endereçadas ao utilitarismo, justamente pela inviabilidade de se aferir a pertinência de cada vontade diante de tão díspares circunstâncias.

A versão clássica do utilitarismo, então, apesar de pregar um sistema aleatório de igualdade, diversamente do padrão de justiça como equidade proposto por John Rawls, que trataremos no próximo item, concentra-se na ideia de uma justiça *a posteriori*, medida de forma absolutamente circunstancial, sugerindo que a satisfação da maioria no grupo poderá sufocar a manifestação de pensamento e de credo religioso de uma minoria, por exemplo.

Da mesma forma, programas governamentais destinados a atender às necessidades básicas de saúde e educação estarão vinculados à cobertura da maioria, ou ao que sejam as necessidades da maioria, tornando-se irrelevante, do ponto de vista moral, a manutenção de parte do grupo social à margem da tutela de condições mínimas de vida, imprescindíveis à caracterização de uma vida digna.

As políticas públicas desencadeadas pelo Estado, na concretização dos direitos fundamentais, atingem sua moralidade – sendo então consideradas justas – quando proporcionarem a maior quantidade de satisfação aos indivíduos, desvinculando-se de qualquer análise prévia do justo.

Em suma, enquanto concepção essencialmente teleológica, o utilitarismo preconiza o bem antes do justo. O que importa é o saldo líquido

do resultado, independentemente de como as pessoas serão tratadas pelo Estado. Assim, todas as políticas públicas norteadas por essa concepção podem ser consideradas justas a partir do momento em que a maioria tenha sido atendida, independentemente de se aferir, concretamente, que uma parcela do grupo social seja ignorada em suas pretensões.

Sob esse prisma, é primordial ressaltar que o utilitarismo, enquanto concepção de definição de preceitos morais, não se apresenta em condições de estabelecer um rol de direitos fundamentais, na medida em que os julgamentos morais são instáveis e maleáveis.

A partir dessas ponderações, pode-se afirmar que é inconcebível a explicação de um padrão de justiça concentrado fora de uma base moral preestabelecida. A permissão de analisar o justo somente pelos resultados alcançados outorga uma inevitável supressão de direitos fundamentais e a desvinculação da comunidade às obrigações morais.

Partindo justamente desse entendimento, John Rawls propôs uma nova concepção de justiça contrária à tônica utilitarista, na qual os preceitos morais outorgassem à sociedade mecanismos para estabelecimento de princípios orientadores da estrutura básica da sociedade, em que as liberdades fundamentais fossem prioritariamente asseguradas.

Na próxima seção analisaremos os contornos básicos dessa teoria e, após tecermos considerações breves sobre o libertarismo de Robert Nozick, vincularemos sua interpretação à ótica da sequência dos quatro estágios definidos por Rawls, escalonados para a aplicação dos dois princípios de justiça escolhidos para reger as instituições públicas.

3. JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Em 1971, John Rawls lançou “Uma teoria da justiça”, marco filosófico na interpretação da virtude, considerada a primeira das instituições sociais, objetivando edificar seu raciocínio na escolha de princípios regentes da justiça como equidade, a partir de um contratualismo hipotético. Sua compreensão exponencial respalda a reformulação ou abolição de leis e instituições injustas, ainda que se apresentem eficientes e bem organizadas.

Credita à justiça a qualidade de virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade seria dos sistemas de pensamento, razão pela qual a verdade e a justiça não aceitariam compromissos, repudiando por completo a ideia utilitarista de que o bem-estar da maioria poderia justificar o cerceamento das liberdades da cidadania igual.

Enquanto teoria contratualista liberal, a justiça como equidade não tolera um arranjo institucional em que os indivíduos estejam despidos de segurança em suas liberdades, porque essa condição é precípua para que se alcancem seus planos racionais de vida. Quaisquer que sejam esses planos, os indivíduos necessitam de uma estrutura básica e um núcleo mínimo de direitos que sustente sua execução.

Parte Rawls da ideia de que as pessoas, de uma forma geral, possuem o senso de obediência civil, comportando-se de acordo com as normas de conduta que especificam um sistema de cooperação, criado para promover o bem de todos. Contudo, não ignora a existência de conflitos de interesses, ainda que a sociedade seja um empreendimento cooperativo que visa o benefício mútuo.

Rawls (2008, p. 12) sustenta que a justiça deve ser entendida como o equilíbrio apropriado entre as existências conflitantes. Define a concepção de justiça, inerente a todos os indivíduos participantes do processo de cooperação, como um conjunto de princípios correlacionados que objetiva identificar as considerações relevantes que determinam esse equilíbrio.

Fixados os conceitos de justiça e concepção de justiça, concebe a estrutura básica da sociedade através de princípios que proporcionem o estabelecimento da divisão de vantagens sobre as parcelas distributivas apropriadas, e afirma (2008, p. 5) que os princípios da justiça social são “um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e dos encargos da cooperação social”.

O funcionamento desse esquema dependeria da existência de uma sociedade regida por uma concepção pública de justiça, a qual define como aquela em que

- (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça;
- (2) as instituições sociais fundamentais geral-

mente atendem, e em geral se sabe que atendem, a esses princípios (RAWLS, 2008, p. 5).

Define, então (2008, p. 6), a concepção pública de justiça como “aquilo que constitui a carta fundamental de uma associação humana bem ordenada”, aí incidindo as especificações dos direitos e deveres fundamentais, bem como a definição das parcelas distributivas apropriadas.

Nessa teoria, a sociedade é vista como um sistema equitativo de cooperação. Assim, a distribuição dos encargos e benefícios deve ser respaldada por princípios discutidos e aceitos pelo corpo social. Ciente de que a pluralidade de valores influenciaria na tomada dessas decisões, bem como de que os princípios deveriam ser construídos acima de interesses de grupos ou classes, Rawls (2008, p. 21 e 166) sugere uma criação hipotética denominada posição original, na qual ocorre a reunião para debate e deliberação desses princípios.

A posição original é balizada por um fator de imparcialidade, essencial para se alcançar a justiça como equidade, justificando-se que os indivíduos presentes não carreguem para a deliberação valores de ordem pessoal, como também conhecimento sobre suas origens, posições sociais, gostos e predileções morais. Essa neutralização ocorre porque os indivíduos estão cobertos pelo véu de ignorância, que os impede de reconhecerem em si e nos demais tais circunstâncias (RAWLS, p. 166), ou, como sustenta Gargarella (2008, p. 21),

os impede de conhecer qual é a sua classe ou status social, a sorte ou desventura que tiveram na distribuição de capacidades naturais, sua inteligência, sua força, sua raça, a geração a qual pertencem etc.

Rawls (2008, p. 167) ainda adverte que esses indivíduos presentes na posição original são dotados de racionalidade, porque podem compreender o que é bom para si, como também de razoabilidade, que propicia a capacidade de conceber um ideal de justiça e de assim se comportarem no trato social com o grupo.

É justamente a dotação de racionalidade dos indivíduos da posição original que permite a otimização das escolhas feitas, ou, como identifi-

cado por Rawls, a estipulação de uma regra denominada *maximin*, assim esclarecida por Gargarella (2008, p. 23-24):

A mencionada regra afirma que, nesses momentos de incerteza, devem ser hierarquizadas as diferentes alternativas de acordo com seus piores resultados possíveis. Neste sentido, deverá ser adotada a alternativa cujo pior resultado for superior ao pior dos resultados das outras afirmativas. A escolha dessa regra não surge de um viés ‘conservador’ dos participantes, mas da peculiar situação em que estão inseridos: os sujeitos em questão não sabem qual é a probabilidade que têm a seu alcance; nem têm um particular interesse em benefícios maiores que o mínimo; nem querem opções que envolvam riscos muito graves. Um exemplo claro do que se quer evitar é o seguinte. Se uma das alternativas em questão permite que alguns terminem em uma situação de virtual escravidão, essa situação será inaceitável, por mais que possa outorgar grandes benefícios à maioria restante.

Esses princípios são escolhidos por pessoas livres e racionais interessadas na promoção de seus próprios interesses, aceitando-os como princípios norteadores em uma situação inicial de igualdade para a definição das condições fundamentais de sua associação.

Aqui nasce a justiça como equidade: a discussão em situação inicial (posição original) de igualdade (véu da ignorância), para captação dos princípios norteadores da estrutura básica da sociedade (escolha de direitos e deveres fundamentais/divisão dos benefícios sociais), leia-se, norteadores de uma concepção de justiça, a partir da cooperação mútua entre seres livres e racionais que chegarão às regras de equilíbrio.

Rawls (2008, p. 21) afirma que a posição original é o *status quo* apropriado para garantir que os acordos fundamentais nele alcançados sejam equitativos, na medida em que pressupõe que pessoas racionais escolheriam determinados princípios de justiça.

Para explicar o êxito na identificação da posição original, Rawls (2008, p. 22) sustenta que o alcance equitativo deve pressupor que

ninguém seja favorecido ou desfavorecido pelo acaso ou pelas circunstâncias sociais na escolha dos princípios. Também parece haver consenso

geral de que deve ser impossível adaptar os princípios às circunstâncias de casos pessoais. Também devemos garantir que determinadas inclinações e aspirações e concepções individuais do bem não tenham influência sobre os princípios adotados.

Cientes de que a demanda poderia refletir distribuições injustas, os participantes optam por reservar preliminarmente uma categoria de bens em situação de equiparação social, visando a proteção de qualquer invasão ou privação do que seria indispensável para concretização de um projeto de vida boa. Dessa feita, essa lista de bens primários outorga uma categoria de direitos básicos que assumem prioridade sobre o sistema de distribuição, alcançando-se o primeiro princípio: “cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema total mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdade para as outras pessoas” (RAWLS, 2008, p. 73).

É importante ressaltarmos que a visão de Rawls acerca do que se compreende como liberdades básicas, em princípio, não se deve confundir com a visão ampliada proporcionada no constitucionalismo brasileiro. Esse núcleo básico seria inicialmente limitado aos direitos civis e políticos³. Assim, foram elencados: a liberdade política (o direito ao voto e a exercer cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; a liberdade individual, aqui incidindo a proteção contra a opressão psicológica, a agressão e a mutilação (integridade da pessoa); o direito à propriedade pessoal e a proteção contra a prisão e detenção arbitrárias, segundo o conceito do Estado de Direito (RAWLS, 2008, p. 74).

Sandel (2012, p. 189) esclarece o raciocínio para deliberação do primeiro princípio: “não sacrificaríamos nossos direitos e nossas liberdades fundamentais em prol de benefícios sociais ou econômicos”, o que respalda uma refutação eloquente da concepção utilitária.

A partir do momento em que os indivíduos se respaldam contra uma eventual tentativa de supressão do núcleo de direitos fundamentais, pois

3. Rawls salienta ser bastante difícil ou quase impossível fazer uma especificação completa dessas liberdades independentemente das circunstâncias sociais, econômicas e tecnológicas de cada sociedade, o que já reproduz uma ideia não hermética, apesar de sua visão liberal. (RAWLS, 2008, p. 75)

os princípios são enumerados em ordem léxica, são realizadas as deliberações sobre igualdade e diferença.

Decide-se, então, o segundo princípio⁴:

As desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) propiciem o máximo benefício esperado para os menos favorecidos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades (RAWLS, 2008, p. 100).

O princípio em questão revela não apenas a refutação de um sistema aleatório de igualdade, na medida em que tal circunstância resultaria na equiparação dos resultados decorrentes de esforços e talentos empregados de forma diferenciada, bem como que o desempenho de determinadas posições poderia gerar uma renda maior. Tais diferenças serão aceitas se, e somente se, houver garantia de uma equidade das oportunidades.

O princípio da diferença, a propósito, pode ser entendido como forma de desigualdade controlada (BRITO FILHO, 2012, p. 143), e que pode ser assim entendido:

1) ninguém pode ter tudo, mesmo que isso seja amealhado licitamente, pelo que, ao menos pela tributação, uma parte deverá reverter à sociedade; 2) ninguém pode ficar sem alguma coisa, cabendo aos indivíduos um mínimo que deve ser garantido.

A contextualização do pensamento de Rawls ainda reflete a necessidade de se compreender a aplicação dos dois princípios de justiça não apenas como um mínimo padrão para todos (de liberdade e igualdade), mas um mínimo adaptado às necessidades individuais.

Enquanto construção liberal, a justiça como equidade não seria tolerante com uma modulação das liberdades dispostas no 1º princípio. Assegurar um lote igual ao maior sistema possível a todos significa que, ainda que numa feição mínima, esses direitos civis e políticos não po-

4. Importante ressaltar que a construção do 2º princípio sofre modificação no capítulo V da obra, quando Rawls aborda as parcelas distributivas na sociedade.