

A FILOSOFIA CONSTITUCIONAL DE JOHN RAWLS E JÜRGEN HABERMAS: UM DEBATE SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE SISTEMAS DE JUSTIÇA E SISTEMAS DE DIREITOS

Cecília Caballero Lois *

Sumário: Introdução. 1. Filosofia Constitucional: objeto e alcance; 2. A idéia de justiça procedimental; 3. Pluralismo e liberalismo na obra de John Rawls; 4. Construção e reconstrução constante do direito: a crítica de Habermas à justiça como equidade; 5. Democracia constitucional e pluralismo: que justiça, quais direitos?; Conclusão; Referências.

Resumo: Este artigo analisa o debate Rawls/Habermas, especialmente no que toca às relações que ambos estabelecem entre sistemas de justiça e sistemas de direitos. O trabalho inicia apresentando uma possibilidade de conceituação do que seria a chamada filosofia constitucional e qual as suas relações com a teoria dos direitos e a teoria constitucional. Logo após apresenta rapidamente a obra de John Rawls e as críticas que Jürgen Habermas lhe formula. Finalmente, investiga qual sistema seria mais adequado à concretização da democracia constitucional numa sociedade marcada pelo pluralismo.

Palavras-chave: Teorias da justiça; Sistemas de direitos; Filosofia constitucional; Pluralismo; Democracia constitucional.

Abstract: This paper analyzes the debate between Rawls and Habermas, especially about the relationships that both establish between justice systems and rights systems. It begins presenting a possibility of concept of what it would be called as constitutional philosophy and which were its relationships with the rights theory and the constitutional one. Therefore, it presents John Rawls's work and the critics that Jürgen Habermas formulates. Finally, it investigates which system would be more appropriate to make true the constitutional democracy in a society marked by pluralism.

Keywords: Theories of justice; Rights system; Constitutional Philosophy; Pluralism; Constitutional Democracy.

* Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e Doutora pela UFSC. Ministra as disciplinas de Fundamentos do Direito Constitucional e Teorias da Justiça e Democracia (mestrado) e Teoria Constitucional (graduação).

Introdução

A idéia de unir sistemas de justiça e sistemas de direitos, pensando os primeiros como fundamento dos segundos é o motor daquilo que foi apropriadamente denominado de Filosofia Constitucional.¹ Não se trata exatamente de uma novidade. Desde a publicação de **Uma Teoria da Justiça**, de John Rawls (1971), esta questão vem preocupando juristas e filósofos que, sustentados na percepção da impossibilidade de pensar o direito vinculado à tradição positivista, recolocaram as questões em termos substantivos, promovendo um retorno à tradição clássica das preocupações com a ética e a justiça contra o tratamento epistemológico até então dominante.

Algumas alternativas parecem ter contribuído com maior profundidade para que aquela reunião tenha se mostrado tão próspera, tanto teórica quanto politicamente, especialmente no que tange ao sistema constitucional.

A primeira delas encontra-se na percepção de que aqueles que se dedicam à moderna teoria da justiça não podem dispensar a reflexão sobre qual o modelo institucional que estaria mais apto a consolidar a democracia constitucional numa sociedade notoriamente pluralista e profundamente dividida em inúmeras concepções de bem e de vida boa. Assim, o primeiro movimento para este enlace foi dado pela filosofia política contemporânea.

Com efeito, à obra de Rawls seguiram-se inúmeros trabalhos de autores já bastante conhecidos no Brasil que, de uma forma ou de outra, auxiliaram a construir este debate. É desnecessário, neste momento, apresentar mais detalhadamente Ronald Dworkin, Michael Walzer, Charles Taylor, Jürgen Habermas, entre outros, que se encontram no centro das discussões sobre quais as pautas de justiça que deveriam guiar a distribuição de bens e direitos num determinado Estado. Deve-se resguardar a esfera privada de qualquer opção substantiva ou impregnar o Estado de concepções moralmente situadas? Ainda é possível pensar na universalidade dos direitos humanos ou é inevitável particularizar as concepções de

¹ A primeira vez que apareceu esse termo no Brasil foi com a profa. Gisele G. Cittadino no livro *Pluralismo, direito e justiça distributiva – elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999.

bem e vida boa? A resposta a estas questões, que envolve questões ontológicas e de promoção,² polariza o debate entre liberais e comunitários e oferece diversas justificações para o processo de criação de sistemas de direitos como ato de um povo soberanamente organizado numa República.³

Um segundo movimento na construção da filosofia constitucional parte da teoria do direito seguido pelos debates em torno da Constituição. Sem dúvida, foi a tão falada e proclamada crise do positivismo jurídico que abriu caminho para se repensar que direito poderia (estaria apto a) regular uma sociedade que já não cabia mais nos seus contornos normativos e que, portanto, precisava de revisão. Retoma-se, então, no final do século XX, a filosofia do direito, que havia sido suplantada no início deste mesmo século, quando as reflexões sobre o direito passam a ser sobre a ciência do direito e a linguagem que o constitui, por considerar a filosofia carente de cientificidade e rigor. A superação do positivismo implicava, contudo, (re)pensar a fundamentação das normas de um determinado ordenamento jurídico e, desta forma, vinculá-lo a questões de política, moral e direito sem, entretanto, desprezar uma análise racional do problema. Assim, a filosofia normativa pós década de 1970, mostra-se como um caminho próspero a ser seguido.

No que toca especificamente à teoria constitucional, trata-se de perceber que a prática constitucional é notoriamente marcada por um déficit em torno da aplicação da Constituição. Essa carência é, antes de mais nada, uma carência da teoria que sustenta a prática. Assim, mesmo que não se desconheça a dimensão essencialmente pragmática de alguns dilemas que o constitucionalismo atravessa não se pode deixar de reconhecer

² TAYLOR, Charles. Propósitos cruzados: el debate liberal-comunitario. In: ROSENBLUM, Nancy (Dir.). *El liberalismo y la vida moral*. Traducción de Horacio Pons. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1993a. p. 177.

³ Em linhas gerais, este deve abster-se de qualquer compromisso ético, assegurando para todos os indivíduos a possibilidade de realização de seus projetos racionais de vida de forma neutra e imparcial, tal como asseveram os liberais ou, pelo contrário, assumir compromissos particulares destacando a pertinência de uma vida melhor que as outras, e poderia realizar bem comum, postura eminentemente comunitarista, contra qualquer tipo de interferência na esfera de sua liberdade. Para o comunitarismo, a sociedade pode alterar direitos quando demonstrar de forma inequívoca esta pretensão, pois não comunga da ruptura entre espaço público/privado e sim por uma continuidade entre ambos. Quando se altera a identidade cultural de uma determinada comunidade, há que necessariamente alterar o sistema de direitos.

que o caminho para solucionar a maioria desses impasses passa por uma elaboração mais sistemática, de cunho interdisciplinar. Tem-se aqui, portanto, o movimento inverso. É a teoria constitucional que vai buscar a filosofia política, especialmente o que se chama de moderna teoria da justiça.

1 Filosofia Constitucional: objeto e alcance

Há três eixos de análise possível: a) aproximação conceitual: existência de um arcabouço teórico comum entre os fundamentos da teoria constitucional e os pressupostos epistemológicos da teoria da justiça; b) objetivos e finalidades: centralidade da Constituição, preocupação com a limitação do poder político e com os direitos fundamentais e, acima de tudo, a busca constante pela construção de uma democracia constitucional; e c) o liberalismo renovado: irá permitir uma continuidade do discurso liberal e, ao mesmo tempo, a sua renovação devido às características singulares do tema.

Em relação ao primeiro eixo, pode-se afirmar que tanto uma quanto a outra tem início já na antiguidade quando filósofos como Platão, Aristóteles ou ainda o jurista romano Cícero preocuparam-se em determinar qual a forma mais adequada, por justa, de regular um Estado. Neste período, as reflexões sobre a Constituição e a justiça encontravam-se estreitamente ligadas, formando um corpo teórico que costuma denominar-se de pensamento constitucional. Algo semelhante ocorre durante a Idade Média e o início da moderna, porém é com o contratualismo que se pode afirmar que o vínculo entre as duas torna-se inexorável.

Embora seja legítimo afirmar que a origem do positivismo também se encontra no contratualismo moderno, é da necessidade de justificar racionalmente escolhas políticas e morais – questão central para o jusnaturalismo da época – que resulta a filosofia constitucional. E é justamente no contratualismo que Rawls vai buscar a fundamentação de uma moderna teoria da justiça. Diz o autor:

[...] 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. Para fazer isso, não devemos pensar

no contrato original como contrato que introduz uma sociedade particular ou estabelece uma forma particular de governo. Pelo contrário, a idéia norteadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original.⁴

Ainda que o desenvolvimento teórico das contendas sobre a justiça abandone a idéia do contrato ou a submeta a uma gama imensa de críticas, da mesma forma como irá ocorrer na teoria constitucional, à questão das fontes legitimadoras será o núcleo em torno do qual gravita a filosofia constitucional.

Além de uma estrutura teórica coincidente, teoria da justiça e teoria constitucional têm objetivos e preocupações comuns. A primeira centra-se no pluralismo como ponto de partida e levanta a possibilidade que instituições políticas e jurídicas têm de enfrentá-lo publicamente. É nesta questão que se fundam as mais importantes disputas teóricas, ou seja, quando se discute que modelo de pautas normativas – concepção de justiça – enfrenta e responde melhor às demandas de uma sociedade plural.⁵ Independentemente de que concepção se esteja tratando, é necessário acoplar-lhe um sistema de direitos que viabilize esse modelo de distribuição justo de bens e direitos.

Estabelecer qual a melhor forma de assegurar esse sistema de direitos fundamentais na Constituição de um Estado é uma tarefa da filosofia constitucional. De fato, quando assume esses desafios para si, demonstra que estaria apta a oferecer uma normatização jurídica para as demandas da justiça (ainda que isso pareça uma contradição em termos) e oferecer uma sistematização teórica de determinados princípios e institutos constitucionais. Portanto, ao ser compreendida como uma instância de análise e reflexão sobre as relações entre Constituição, Estado e Sistemas de Justiça, traz para seu epicentro a procura da consolidação de uma democracia constitucional, considerando-a a única forma de garantir a igualdade na diversidade.

⁴ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 12.

⁵ Liberais, comunitários, deliberativos, republicanos.

Finalmente, há que se esclarecer que a filosofia constitucional é resultado de um liberalismo renovado. Trata-se de um liberalismo que se centra, principalmente, na diferença entre a construção da moralidade privada e da moralidade pública, dando grande ênfase a última. Sem abandonar a idéia que move o pensamento liberal, a prioridade da escolha individual, o liberalismo contemporâneo preocupa-se com as regras que norteiam as ações coletivas. Estas devem primar pela igual consideração e respeito a cada indivíduo, este sendo entendido como um ser particular e distinto dos outros em suas crenças, valores, moral, enfim, entre as inúmeras questões que separam um dos outros. Daí que “boa parte da teoria democrática contemporânea tem procurado desenhar procedimentos e regras que permitam resolver ou pelo menos formular com clareza controvérsias públicas relacionadas com valores morais fundamentais, processuais ou substantivos”.⁶

É neste ponto, ou seja, a partir das demandas da igualdade que aparece a exigência de neutralidade do Estado, pressuposto tão caro à estrutura do pensamento liberal. Para assegurá-la, o liberalismo contemporâneo vai focar-se, então, nos procedimentos de deliberação pública, garantindo que as expressões individuais possam compor as pautas normativas de uma sociedade plural, mas que, concomitantemente, possibilitem a construção de uma “agenda mínima” que regule a esfera pública e dificulte a tomada por visões particulares de bem e vida boa do espaço de domínio público. Para que esta agenda possa de fato garantir o pluralismo decorrente da ordem privada é preciso também que ela seja objeto de consenso público. Caso contrário, tornar-se-ia obsoleta.

2 A idéia de justiça procedimental

Embora os autores divirjam a respeito do significado de consenso público, tal como se verá a seguir, é possível defini-lo sem particularizar as

⁶ BOEIRA, Nelson. Sobre a deliberação em questões públicas. In Nythamar Fernandes de Oliveira e Draiton Gonzaga de Souza. **Justiça e Política**. Homenagem a Otfried Hoffe. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p.48.

opiniões como um compromisso em torno da justiça, que pode ser endossado por razões substantivas ou não, mas que sempre é obtido por meio de um procedimento considerado adequado para atingi-lo. Este deveria, acima de tudo, ser tido como neutro donde resultaria a principal característica de uma concepção de justiça procedimental: a sua validade universal, decorrente da neutralidade na sua formação.

Dando seqüência ao tema, então, deve-se esclarecer, neste momento, a chamada neutralidade procedimental. Ela encontra-se vinculada à tese kantiana da prioridade do justo sobre o bem, um dos principais temas da filosofia política ocidental. Seu significado é bastante conhecido e expressa que os princípios de justiça limitam as concepções de bem que os indivíduos podem eleger e colocar em prática, pois quando os valores escolhidos entram em conflito com os princípios de justiça, são estes que se devem respeitar. A prioridade da justiça significa também que os princípios que vão reger a esfera pública não podem ser determinados com base numa concepção específica do bem, pelo contrário, escolher princípios de justiça universais e universalizantes e, conforme o liberalismo, neutros, é condição *sine qua non* para a liberdade de optar por uma ou outra concepção de bem.

E mais, pode-se dizer que do ponto de vista moral essa prioridade do justo sobre o bem significa que a escolha da defesa da primazia da justiça leva-nos inevitavelmente a uma proximidade que poderia chamar-se de metodológica: a concepção compartilhada do procedimentalismo como princípio normativo que permite uma neutralidade de justificação do ideal de justiça sem comprometê-la com qualquer concepção particular de vida boa.

Pois bem, a disputa pela melhor interpretação possível deste princípio e suas conseqüências para a teoria da justiça e para a teoria dos direitos é a tônica da polêmica travada entre o autor americano John Rawls e seu opositor, porém grande admirador, o alemão Jürgen Habermas e constitui-se num dos temas mais importantes da filosofia constitucional. A principal divergência entre os dois reside sobre a melhor justificação do ideal kantiano que confere, como já foi dito, prioridade à justiça.⁷ Contudo,

⁷ O debate entre os dois foi tratado como uma “disputa em família”, pois, somente pelo fato de compartilharem os mesmos pressupostos teóricos, é possível um diálogo entre os dois .

deve-se deixar anotado que esta divergência somente é possível, visto que ambos compartilham o mesmo postulado epistemológico: a prioridade do justo sobre o bem e a sua conseqüência necessária, o do ideal da neutralidade exigido pelo liberalismo político.

É este ideal de neutralidade que leva Rawls e Habermas a uma importante ruptura com as teses comunitárias, pois ambos sustentam a impossibilidade de adotar-se uma concepção de justiça apoiada em algum objetivo comum. Com efeito, para os comunitários apenas num Estado com fortes vínculos culturais os indivíduos poderiam reconhecer-se uns aos outros publicamente, produzindo processos de identificação e estabelecerem, conseqüentemente, vínculos de pertença e solidariedade. Somente a partir deste reconhecimento público, como sendo a única fonte de consenso, eles teriam condições de legislar, atribuindo-se direitos mutuamente.

As afinidades, entretanto, param por aqui. Os dois vão justificar a prioridade da justiça de forma um tanto diferente e conceber mecanismos distintos – ainda que procedimentais – para viabilizá-la. O que interessa, neste texto, entretanto, vai além desta justificativa. Trata-se de verificar de que maneira ao distanciarem-se teoricamente acabam por produzir distintas formas de sistemas de direitos e mais especificamente, de fundamentá-los.

Com efeito, segundo Habermas, Rawls não conseguiria na sua *justiça como equidade*,⁸ estabelecer a relação entre as instituições que dizem respeito à implementação do direito positivo e a teoria política para assim estabelecer um direito legítimo. Para o autor americano, esta crítica é im procedente. Ao assegurar a prioridade da liberdade e conceber uma estrutura básica para resguardá-la, ele acredita ter obtido a melhor fundamentação dos direitos bem como a melhor estruturação de um sistema de liberdades que seria fonte de legitimidade posterior.

⁸ Nome que Rawls dá a sua concepção de justiça.

3 Pluralismo e liberalismo na obra de John Rawls

Rawls dedica as suas principais obras – **Teoria da Justiça** (1971) e **Liberalismo Político** (1993) – ao problema do pluralismo.⁹ Partindo do pressuposto que este é um fato inexorável nas sociedades contemporâneas, o autor vai propor uma concepção de justiça que, quando aplicada à estrutura básica da sociedade,¹⁰ ter-se-ia o que ele denomina de sociedade bem ordenada. Uma sociedade bem ordenada é aquela que está

[...] planejada para promover o bem de seus membros mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. Isto é, trata-se de uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem e, geralmente se sabe que satisfazem.¹¹

A idéia de concepção pública¹² de justiça encerra a idéia de que todos conhecem e aceitam determinados princípios da justiça válidos para toda a estrutura básica da sociedade. Numa sociedade governada efetivamente por uma concepção pública de justiça, os homens teriam prazer em viver e conviver uns com os outros. Desta forma (e ao mesmo tempo), os que constituem a sociedade são constituídos por ela, pois, ao ser justa, leva os homens a agir com justiça. Isto pressupõe, entretanto,

⁹ *Toda concepção que considera os indivíduos livres, iguais e capazes de formularem e de procurarem realizar sua concepção de bem, é levada a aceitar a existência de pluralidade de doutrinas morais.* Cfme. GUILLARME, Bertrand. Rawls et le libéralisme politique. In: **Revue Française de Science Politique**. Volume 46: Pluralisme, Justice, Égalité – de l'empirique au philosophique dans l'étude de la démocratie, n. 2, abr. 1996. p. 48. O pluralismo seria o resultado inevitável do funcionamento das instituições livres e do uso pleno da razão.

¹⁰ A estrutura básica da sociedade corresponde aos principais arranjos políticos, econômicos e sociais que são responsáveis pela distribuição de bens e direitos num determinado Estado.

¹¹ RAWLS, op. cit., p.05

¹² Este é um dos conceitos centrais no *Liberalismo Político*, pois se trata de um ponto de convergência que todas as doutrinas abrangentes podem referendar. Representa “o fio condutor” do pensamento contemporâneo de RAWLS, na tentativa de oferecer uma resposta a críticas importantes efetuadas a *Uma Teoria da justiça* (especialmente dos comunitaristas e politicólogos), insere sua teoria no âmbito da filosofia política; permite-lhe dar conta do problema da estabilidade, pois possibilita o surgimento de um *overlapping consensus*; mas, acima de tudo, representa uma transformação nos objetivos e conteúdo da sua obra, dando uma nova dimensão – bem mais reduzida e modesta – à *justiça como equidade*.

que todos reconheçam e compartilhem os mesmo princípios. Daqui, então, chega-se rapidamente à questão da neutralidade procedimental para a formulação dos princípios de justiça.

A concepção pública de justiça¹³ é notadamente mais simples e objetiva em **Uma Teoria da justiça** que em **Liberalismo Político**. Segundo Rawls,¹⁴ a “idéia de prioridade do justo é um elemento essencial daquilo que se chama de ‘Liberalismo Político’ e desempenha um papel central na justiça como equidade como uma das formas desse ponto de vista”. Ele define a concepção pública de justiça a partir de três elementos centrais. O primeiro deles é o seu sujeito, qual seja, a *estrutura básica da sociedade* de uma democracia constitucional moderna.¹⁵ O segundo é a sua formulação, que se faz por meio de um ponto de vista livre (*freestanding view*). Isso quer dizer que, mesmo que possa ser referendada por qualquer teoria abrangente, não se coaduna com ela e, menos ainda, dela emana. Este ponto precisa ser bem esclarecido, pois, para Rawls, não se trata de retirar das doutrinas abrangentes pontos de contato para efetuar um “sumário”, mas de um dado da razão: a estrutura básica da sociedade deve ser produzida em condições de independência que permitam uma formulação mais precisa. O terceiro ponto é que seu conteúdo se expressa em termos de idéias fundamentais que se consideram implícitas na cultura política de uma sociedade democrática.

¹³ Inicialmente diz o autor: para os objetivos deste trabalho, bastará, em primeiro lugar, mostrar como uma concepção política de justiça com a estrutura e o conteúdo da *justiça como equidade* pode ser entendida como uma concepção política e não metafísica e, em segundo lugar, explicar por que devemos buscar tal concepção numa sociedade democrática. Ressalta, ainda, que tal concepção pretende-se política com o objetivo de evitar que expresse proposições universais. Rawls não deixa de reconhecer, como pode parecer, que tal concepção é uma concepção moral, já que envolve valores, idéias, princípios, entre outros, mas estes têm a característica especial de ser valores políticos: *in saying that conception is moral, I mean, among the others things, that its content is given by certain ideals, principles and standards; and that these norms articulate certain values, interpret this case political values*. Cf. RAWLS, John. **Liberalismo político**. Traducción de Sergio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 92.

¹⁴ RAWLS, op.cit. p.12.

¹⁵ Rawls mantém a mesma definição de *estrutura básica da sociedade* que usava em *Uma Teoria da justiça*. A ideia de sociedade a que ele se refere agora é uma idéia de sociedade fechada: *moreover, I assume that the basic structure is that a closed society: that is, we are to regard it as self-contained and as having no relations with other societies. Its members enter interpretation only by birth and leave interpretation only by death*. RAWLS, op. cit., p 12.

Construí-la não é um problema de difícil solução, pois a concepção política de justiça está fundada nas idéias latentes de uma cultura política democrática que tendem, por isso, a ser consensuais. São basicamente três: a) a idéia de que a sociedade é um sistema justo de cooperação social através dos tempos e da troca de gerações que se define a partir dos seguintes termos: trata-se de uma atividade distinta da atividade meramente coordenada socialmente, pois é guiada por normas e procedimentos publicamente reconhecidos; b) implica condições justas de cooperação, ou seja, aceitar os termos desta cooperação desde que os outros também o façam; e, finalmente, c) requer uma idéia da vantagem racional de cada participante.

Posto o que Rawls quer significar ao conceber a sociedade como um sistema justo de cooperação social composta por cidadãos livres e iguais, resta a questão de saber qual é a forma mais apropriada de justiça capaz de fornecer os princípios da justiça mais adequados ao sistema. Na resposta, o autor recorre ao já conhecido conceito de posição original e (re)introduz os termos do contrato, agora, porém, com um significado mais modesto. Felipe apresenta com clareza o sentido aqui proposto:

[...] a posição originária é a atitude tolerante de avaliar, dentre todas as tradições do pensamento, qual a que mais respeita os princípios da liberdade e da igualdade na construção de uma teoria da justiça. Para avaliar essas teorias, podem-se formular as seguintes questões [porém] Para Rawls, porém, somente poderá ser uma teoria da justiça democrática aquela que responder afirmativamente à questão: é dada pelos homens através de um contrato livre?¹⁶

A manutenção do projeto contratualista no *Liberalismo Político* tem como função assegurar a neutralidade liberal por meio do construtivismo. Para isso, Rawls vai propor a construção procedimental do que ele denomina de *overlapping consensus*. Este seria um consenso em torno do qual os indivíduos poderiam associar-se, pois permitira uma convivência pacífica numa sociedade plural. São três as suas características essenciais: a) seu objeto é uma concepção política da justiça (*princípios da justiça*); b) não é

¹⁶ FELIPE, Sônia T. (Organização, introdução). Justiça como equidade - fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas). **Anais do Simpósio Internacional sobre Justiça**. Florianópolis: Insular, 1998, p.89

realizado por indivíduos, mas por doutrinas compreensivas razoáveis (aquelas que não comprometem o poder moral dos indivíduos); e c) é subscrito por várias e diversas concepções razoáveis e cada uma delas pode aderir por meio de suas próprias razões.¹⁷

Com efeito, o liberalismo político de Rawls, tal como explica Kukathas e Pettit,¹⁸ é um liberalismo que não depende de nenhum ideal moral liberal em particular, como a autonomia. Continua a ser uma versão de “liberalismo” enquanto sublinha a importância da tolerância e argumenta a favor de um sistema de governo orientado por princípios que não pressupõem uma determinada forma de boa vida como a melhor. A atitude do *Liberalismo Político* em relação às concepções liberais é, portanto, uma atitude de tolerância, visto que permite a todos os ideais morais em conflito uma competição pacífica.

O *overlapping consensus* teria então a função de assegurar a estabilidade numa sociedade onde o pluralismo é o resultado inevitável do funcionamento das instituições livres e do uso pleno da razão, pois representa uma *concepção de legitimidade política*. Na medida em que reconhece que os cidadãos são livres e iguais, toda concepção liberal deve examinar sua própria estabilidade de tal modo que cada cidadão possa afirmá-la livremente.¹⁹ Como parece ficar claro, se concebida como liberal, uma sociedade como sistema de cooperação social não pode subscrever uma compreensão global como princípio regulador das instituições políticas.

Precisamente este é o motivo pelo qual o autor acredita ser impossível a qualquer doutrina abrangente servir de base à configuração das instituições sociais, o que equivale a dizer que, em matéria de justiça, há que se esquecer de tentar fundamentá-la em argumentos gerais, para baseá-la em idéias que possam ser reconhecidas pela totalidade das teorias abrangentes. Essencialmente, “um regime democrático não precisa de qualquer acordo sobre uma doutrina compreensiva: a base da unidade deve sair de outros elementos”.²⁰

¹⁷ Cf. RAWLS, op.cit. p. 144-49.

¹⁸ KUKATHAS, Chandran e PETTIT, Philip. **Rawls, “Uma Teoria da Justiça” e seus críticos**. Tradução por Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva Publicações, 1990, p. 23.

¹⁹ (GUILLARME, op.cit.p. 327.

²⁰ RAWLS, op.cit. p.: 63.

As características necessárias para compor tal pauta de estabilidade seriam, segundo o autor, os traços políticos comuns presentes numa sociedade democrática que, por estarem associados a uma tradição democrática, devem ser reconhecidos por todos os seus membros como fundamentais e fundantes.

4 Construção e reconstrução constante do direito: a crítica de Habermas à justiça como equidade

É deste ponto que parte a crítica habermasiana. Inicialmente, Habermas sustenta que a teoria Rawlsiana estrutura-se em níveis diversos: a) fundamentação: Rawls estabelece a justificação normativa de uma sociedade bem ordenada, objetivando a “auto-estabilização de uma sociedade justa através da força socializadora de uma vida sob instituições justas”;²¹ b) esclarecimento: o de como estabelecer, em circunstâncias determinadas, instituições justas; c) propaganda: demonstrar que sua teoria é a mais adequada as nossas práticas cotidianas e representa as melhores tradições da cultura política.

A existência necessária desses três níveis na teoria de Rawls não deixa claro, segundo Habermas, quais são as relações entre a construção de uma fundamentação teórica de princípios de justiça e a recepção e aplicação desses mesmos princípios pela comunidade jurídica concreta, a qual teria a tarefa de estabelecer suas próprias bases normativas de convivência por meio desses princípios. A questão radica no fato de que Rawls não explicita se a estabilidade de uma sociedade justa se dá por intermédio do *overlapping consensus* ou por meio da aceitação democrática do pluralismo político, o que torna o consenso sobreposto apenas uma forma de buscar a reestruturação teórica da idéia de sociedade justa para a reforma prática das instituições sociais existentes.²²

²¹ Cf. HABERMAS, Jürgen e RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Traducción de Gerard Vilar Roca. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica/ Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1998., pp. 84-85

²² HABERMAS, op.cit., p. 87.

Com isso, o autor alemão acusa a teoria rawlsiana de não conseguir estabelecer a relação entre as instituições que dizem respeito à implementação do direito e às suas relações com a filosofia política. Para Habermas, “Rawls concentra-se em questões da legitimidade do direito, sem tematizar a forma do direito enquanto tal, e, com isso, a dimensão institucional do direito”.²³ O problema que se coloca diz respeito então, a saber, se a crítica de Habermas teria força para afastar o autor americano do debate sobre a criação e posterior institucionalização do direito. Isto significaria que a teoria de Rawls não estaria apta a sustentar um sistema de direitos, pois lhe faltaria a dimensão mais pragmática que o vincula aos seus destinatários.

A preocupação de Rawls, segundo Habermas, limitar-se-ia, dessa forma, somente ao grau de aceitação e plausibilidade dos princípios da justiça como equidade em relação às tradições políticas e ao contexto cultural de sociedades contemporâneas pluralista, deixando de fora a tensão entre facticidade e validade. Ou seja, não haveria na justiça como equidade a descrição crítica dos processos políticos identificáveis na realidade social, capazes de promover uma reconstrução do desenvolvimento do Estado de direito de sociedades concretas, isto é, faltou a **Uma Teoria da Justiça**, de Rawls, enquanto uma teoria do direito, “uma reconstrução normativa do Estado de direito e de sua base social”.²⁴

O estabelecimento de um nexos entre essas duas realidades, entre a eficácia (facticidade) dos processos políticos e o arranjo comunicativo dos processos democráticos de autocompreensão do Estado de direito (validade) é a tarefa que, então, Habermas propõe para si mesmo. A crítica seria, assim, uma crítica familiar – de alguém que mantém admiração pelo projeto rawlsiano –, de alguém que compartilha com sua intenção e considera seus resultados essenciais como corretos. Segundo o filósofo alemão, trata-se apenas de saber se Rawls consegue fazer valer suas corretas e importantes definições normativas.²⁵

Nesse sentido, Habermas centra sua análise em três aspectos distintos da realização do projeto de implementação de uma autonomia de raízes

²³ HABERMAS, op.cit. p., 92.

²⁴ HABERMAS, op.cit.,p.93.

²⁵ HABERMAS, op.cit.p. 42.

kantianas. Inicialmente, aponta o fato de que tem dúvidas sobre se o conceito de posição original assegura e explicita adequadamente a idéia de um juízo imparcial de princípios de justiça entendidos deontologicamente. Aduz, assim, a questão de que a posição original constitui-se a partir de um desenho teórico que atribui aos partidos a tomada de decisões representativas de uma ordem moral individual, a qual se encontra anteriormente eliminada nos próprios indivíduos, já que estes estão vinculados a uma posição original na qual são despidos do sentido próprio de justiça e da concepção pessoal de bem.

Habermas argumenta que Rawls pode ampliar sua concepção de posição original e resolver o problema, mas, com isso, perderia a característica mais marcante de sua teoria que é a divisão entre a racionalidade de eleição subjetiva e as apropriações das limitações objetivas, divisão esta que permite que sujeitos auto-interessados consigam realizar, não obstante, decisões racionais (morais).²⁶

Em *segundo lugar*, considera que Rawls deveria separar as questões de fundamentação das de aceitação. Com isso, a neutralidade de sua concepção de justiça não deve se sobrepor à validade cognitiva de sua teoria como um todo. Pelo contrário, deve conviver com as variadas doutrinas interpretativas e as diferentes concepções de mundo, sem que perca sua capacidade de gerar resultados práticos, proporcionando o *overlapping consensus*. O problema é que a aceitação do consenso deve ser anterior a ele mesmo e não posterior, o que leva a pensar na existência de cosmovisões verdadeiras por si mesmas, produzindo uma espécie de ontologia, e não no sentido semântico-discursivo, mas normativamente vinculante.

Em *terceiro e último lugar*, Habermas considera inadequada a colocação dos direitos básicos liberais sobre o princípio democrático de legitimação, o que seria uma conseqüência indesejada, mas previsível, especialmente por conta da divisão rígida entre identidade política e identidade não pública dos cidadãos. Na verdade, aqui se coloca, mais uma vez, a questão da reinterpretação da idéia de autonomia kantiana por Rawls. Para o filósofo alemão, Rawls não consegue alcançar o intento de

²⁶ HABERMAS, op.cit.,p. 45-47.

harmonizar a liberdade dos modernos com a liberdade dos antigos pelo fato de restringir a idéia de autonomia de Rousseau e Kant. Para estes últimos, a raiz da autonomia moral e da autonomia política é uma só, já que os direitos liberais (liberdade de crença, de consciência, de proteção à vida e à propriedade, em suma, a “liberdade dos modernos”) não podem limitar o exercício público da razão, isto é, a realização da prática de autodeterminação, estabelecida pela construção constante do processo democrático de questionamento político da realização efetiva dos direitos (a “liberdade dos antigos”).²⁷

Por fim, Habermas acusa Rawls de constituir uma teoria em termos bastante modestos, limitando-se meramente a aspectos procedimentais do uso público da razão, ou seja, ao processo que poderia formar racionalmente uma opinião e uma vontade, desenvolvendo a idéia de direitos a partir de sua institucionalização jurídica. Tal fato, não permitiria ver o processo democrático como um processo reconstrutivo, mas somente de construção fundante. O professor alemão vê, portanto, a necessidade de se assumir, no campo da filosofia política, a imodéstia diletante capaz de abandonar o ‘método de evitação’ de questões disciplinares de fundo. Esse ‘método’ possibilita a constituição de um sistema fechado digno de admiração, mas absoluta e continuamente dependente das disputas dos conceitos de racionalidade e de verdade.²⁸

5 Democracia constitucional e pluralismo: que justiça, quais direitos?

Pois bem, do que foi dito até aqui já é possível concluir que, embora Rawls e Habermas compartilhem preceitos e postulados epistemológicos, as discordâncias entre eles têm o condão de separá-los em termos de fundamentação, criação e aplicação do direito. Desta forma, pode-se dizer que, essencialmente, aquilo que os separa, além da fundamentação do sistema de direitos, é o alcance e a estabilidade deste sistema, especificamen-

²⁷ HABERMAS, op.cit., pp.66-67.

²⁸ Cf. HABERMAS, op.cit.,p.71.

te, numa sociedade em contínua transformação e que, portanto, na opinião de Habermas, não poderia cristalizar direitos, consequência que obviamente teria a obra de Rawls.

Habermas²⁹ se vale de um recurso de linguagem para explicar a diferença entre a sua concepção e a concepção de sistema de direitos de Rawls. Para ele, na obra do autor americano, os direitos seriam distribuídos e consistiram, basicamente, em propriedade dos indivíduos,³⁰ tornando-se verdadeiras barreiras contra as maiorias transitórias. Já para o filósofo alemão, os direitos são o resultado do exercício constante da razão pública e, desta forma, a revisão do sistema de direitos é sempre possível facultando mudanças em sua estrutura se a soberania popular assim o desejar, não encontrando, por outro lado, barreiras nos direitos individuais.

Isto posto, há que se esclarecer que não se trata neste texto de afirmar a vitória de um autor sobre o outro, mas de analisar qual deles oferece uma melhor sustentação para o sistema de direitos. Com efeito, se concentrarmos esforços especialmente nos direitos individuais, que é onde de fato reside a capacidade de cidadania e liberdade, ter-se-á que o modelo de Rawls está mais apto a atender às demandas da democracia constitucional.

Com efeito, Vieira³¹ demonstra que uma das grandes contribuições de Rawls estaria em afastar o problema da intangibilidade de algumas cláusulas da Constituição, sem precisar recorrer a quaisquer princípios outros que não possam ser justificados racionalmente por meio da ética e da superioridade dos direitos fundamentais, mas também sem resvalar para um naturalismo.

As formulações de Rawls, recolocando a discussão ética no âmbito da Política e do Direito, servem à análise das cláusulas constitucionais intangíveis, uma vez

²⁹ Cf. HABERMAS, op.cit.,p. 47-48.

³⁰ A identificação de direitos a bens aos quais se aspira individualmente leva, por outro lado, à noção de justiça vinculada a uma ética de bens, mais próxima do utilitarismo e dos enfoques aristotélicos, do que de uma idéia de teoria do direito de corte kantiano, vinculada à idéia de autonomia. Rawls supera parcialmente este problema quando responde à crítica de H. L. Hart, colocando que só podem ser reconhecidos *como bens básicos aqueles bens sociais que são apropriados para os planos de vida e para o desenvolvimento das capacidades morais dos cidadãos* enquanto pessoas livres e iguais. HABERMAS, op.cit. p. 50, incorporando, assim, o valor equitativo da liberdade como primeiro princípio.

³¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça** – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p.222-24.

que podem auxiliar sua justificação no campo ético, porém não metafísico. Os princípios da justiça, os consensos sobrepostos e os essenciais constitucionais, cada um na sua esfera, não constituem valores transcendentais como os direitos naturais, mas princípios decorrentes da razão humana, voltados à organização da sociedade em que os homens são compreendidos como fins, e não como meios. Neste sentido a teoria da justiça de Rawls não é meramente procedimental, [mas] há, portanto, uma ética substantiva que permeia o discurso de Rawls.³²

Sem dúvida, a obra de Rawls, que encarna um individualismo dos direitos pessoais, parece ser a melhor configuração para a validade dos direitos fundamentais e resulta muito mais segura e compatível com a democracia constitucional, pois atinge uma possibilidade de consolidação dos direitos e liberdades que outras teorias não conseguem atingir. Na defesa de Rawls, pode-se apontar, ainda, para os argumentos levantados por Kateb,³³ que sustentam que *a individualidade democrática é, talvez, se não provavelmente a melhor realidade e a aspiração que uma cultura pode desenvolver onde os direitos são continuamente violados e, portanto, podem ser sistematicamente apreciados e reconhecidos [juridicamente]*.

Independentemente de poder ou querer esgotar o debate Rawls/Habermas – o que parece realmente inimaginável – buscou-se, até aqui, demonstrar os matizes que ele assume no que toca à filosofia constitucional contemporânea. Pode-se encerrar dizendo, então, que para além de qualquer preferência teórica que mova o leitor na direção apontada por este artigo ou na direção contrária, ambos os autores nos convidam a pensar a Lei Fundamental como um compromisso democrático e de justiça. Se isto não for suficiente, fica pelo menos aberto o debate.

Conclusão

Este artigo propôs-se a apresentar o debate Rawls/Habermas, especialmente no que toca à filosofia constitucional. Seu objetivo maior, entre-

³² VIEIRA, op.cit., p. 224.

³³ KATEB, George. La Individualidad democrática y el significado de los derechos. In: ROSENBLUM, Nancy (dir.). **El Liberalismo y la vida moral**. Traducción de Horacio Pons. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1993., 205.

tanto, pode ser resumido em apontar qual dos dois sistemas se mostra mais compatível com a democracia constitucional e enfrenta melhor o problema do pluralismo inerente às sociedades contemporâneas.

Para levar a termo este objetivo, partiu-se da obra de John Rawls, que é, sem conteste, uma possibilidade lícita e eficaz de dar voz a um elemento externo ao discurso sobre a Lei Fundamental (a filosofia política), sem levar, entretanto, a um completo desvirtuamento dos pressupostos teóricos e epistemológicos da própria Teoria da Constituição, mas que permitisse, concomitantemente, a sua continuidade e renovação.

Assim, da reunião destes dois elementos, é que aparece a necessidade de caracterizar a filosofia constitucional como uma fonte de renovação do discurso sobre o direito, pois lhe coloca demandas de fundamentação e justificação incompatíveis com o positivismo dominante até aqui. Como se procurou demonstrar, a obra de Rawls aparece como uma alternativa relevante para concretizar este objetivo.

Entretanto, seu opositor, Jürgen Habermas, lança algumas críticas relevantes e propõe em questão a possibilidade de Rawls de fato oferecer uma justificação adequada em termos de legitimidade para o sistema de direitos. Tal como foi dito, embora ambos compartilhem os mesmos pressupostos epistemológicos – a máxima kantiana da prioridade do justo sobre o bem –, é a melhor interpretação desta que esta em xeque.

Com efeito, ao propor significados distintos para a primazia da justiça, os dois vão discordar sustentar maneiras distintas de justificação dos sistemas de direitos. E, como se buscou demonstrar, ainda que não se possa dar por esgotado o debate, pelo menos por enquanto, a idéia de intangibilidade dos direitos, sustentada pela justiça como equidade parece mais apropriada a atender às demandas da democracia constitucional.

Referências

ALTABLE, María Pilar González. Liberalismo vs. Comunitarismo (John Rawls: una concepción política del bien). In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 17-18. Madrid: Universidad de Alicante, 1995. p. 117-36.

AUDARD, Catherine. Introdução: John Rawls e o conceito do político. In: RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução por Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. XIII-XXXVII. (Coleção Justiça e Direito).

BOEIRA, Nelson. Sobre a deliberação em questões públicas. In Nythamar Fernandes de Oliveira e Draiton Gonzaga de Souza. **Justiça e Política**. Homenagem a Otfried Hoffe. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva** – elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DWORKIN, Ronal. **Los derechos en serio**. Traducción de Marta Gustavino. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1989. (Ariel Derecho).

FELIPE, Sônia T. (Organização, introdução). Justiça como equidade – fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas). **Anais do Simpósio Internacional sobre Justiça**. Florianópolis: Insular, 1998.

_____. The Original position. In: DANIELS, Norman (editor). **Reading Rawls** – critical studies of A Theory of Justice. New York: Basic Books, 1973. p. 16-52.

GUILLARME, Bertrand. Rawls et le libéralisme politique. In: **Revue Française de Science Politique**. Volume 46: Pluralisme, Justice, Égalité – de l'empirique au philosophique dans l'étude de la démocratie, n. 2, abr. 1996. p. 321-43.

HABERMAS, Jürgen e RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Traducción de Gerard Vilar Roca. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica/ Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1998. (Pensamiento Contemporáneo, n. 45).

_____. **Direito e moral**. Tradução por Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1999 (Pensamento e Filosofia).

_____. **La Inclusión del otro** – estudios de teoría política. Traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 1999 (Paidós Básica, n.º 98).

KATEB, George. La Individualidad democrática y el significado de los derechos. In: ROSENBLUM, Nancy (dir.). **El Liberalismo y la vida moral**. Traducción de Horacio Pons. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1993 (Colección Cultura y Sociedad). p. 203-226.

KUKATHAS, Chandran e PETTIT, Philip. **Rawls, “Uma Teoria da Justiça” e seus críticos**. Tradução por Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva Publicações, 1990. (Trajectos).

RAWLS, John. **Collected papers**. Edited by Samuel Freeman. Cambridge/London: Harvard University Press, 1999.

_____. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. In: **Lua Nova – Revista de cultura e política**. São Paulo: CEDEC, 1992, n. 25, p. 25-60.

_____. **Liberalismo político**. Traducción de Sergio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

_____. **Uma Teoria da justiça**. Tradução por Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997 (Coleção Ensino Superior).

RODILLA, Miguel Angel. Presentacion. In: RAWLS, John. **Justicia como equidad – materiales para una teoria de la justicia**. Traducción Miguel Ángel Rodilla. Madrid: Editorial Tecnos, 1986 (Biblioteca Universitaria). p. IX-L.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.