

O princípio da diferença da teoria da justiça de Rawls face às transferências voluntárias e à gestão associada de serviços públicos pela administração pública: análise indispensável para a distribuição justa de recursos públicos

Luciano Elias Reis¹

José Osório do Nascimento Neto²

Resumo

O artigo descreve inicialmente a Teoria da Justiça de Rawls, a qual preconiza a teoria da justiça como equidade. Para tanto, Rawls examina o contexto social por intermédio dos direitos, deveres e liberdades que os integrantes da sociedade possuem e como tais são garantidos. Neste ensaio, expõe-se também o papel da justiça, o objeto da justiça, a ideia principal da teoria da justiça, a posição original e os princípios de justiça, sendo que, neste momento, há um destaque ao princípio da diferença. Após, há a descrição sobre as parcerias autorizadas e incentivadas pelo ordenamento jurídico brasileiro entre os entes, mormente as transferências voluntárias e a gestão associada de serviços públicos. Ao final, é desenvolvida uma crítica sobre o dever de análise da Administração Pública ao princípio da diferença no momento da feitura das transferências voluntárias e da gestão associada de serviços públicos.

Palavras-chave: Teoria da justiça. Princípio da diferença. Parcerias da administração pública. Gestão associada de serviços públicos. Constituição. Políticas públicas. Controle.

¹ Mestrando em Direito Econômico na PUCPR. Professor de Direito Administrativo da UTP. Coordenador da Especialização em Direito Municipal do CESUL.

² Mestrando em Direito Econômico na PUCPR. Membro do Comitê de Responsabilidade Socioambiental da Brookfield Energia Renovável S/A.

1 Introdução

O presente artigo abordará a concepção da teoria da justiça emoldurada por John Rawls, na obra “Uma teoria da Justiça”, buscando trazer de forma rápida quais os seus diferenciais de outras teorias.

Ao final, almeja-se trabalhar a linha filosófica preconizada por Rawls dentro do contexto da Constituição Federal de 1988, principalmente com enfoque no princípio da diferença e as parcerias na Administração Pública.

No aspecto das parcerias, realizar-se-á uma abordagem do ponto de vista teórico de Rawls sobre a teoria da justiça em contraste à escolha dos administradores públicos quando das políticas públicas que envolvem a gestão associada de serviços públicos e os convênios para fins de transferências voluntárias entre os entes federados.

2 A teoria da justiça como equidade

2.1 O contratualismo de Rawls

Na sua obra-prima, “Uma Teoria da Justiça”,³ John Rawls enfatiza a teoria da justiça como equidade.⁴ Para tanto, concebe como ponto de partida para seu foco a desigualdade social. Por essa razão, o autor compreende a sociedade como um sistema equitativo de cooperação social, aduzindo que:

Na justiça como equidade, a sociedade é interpretada como um empreendimento cooperativo para a vantagem de todos. A estrutura básica é um sistema público de regras que definem um esquema de atividades que conduz os homens a agirem juntos no intuito de produzir uma quantidade maior de benefícios atribuindo a cada um certos direitos reconhecidos a uma parte de produtos. O que uma

³ A suscitada obra é considerada um marco para a teoria política nos meados do século xx, pois ela condensa o exequível de ciências mais precisas e o desejável da filosofia.

⁴ Sobre a mudança da filosofia política a partir de Rawls, recomenda-se a leitura do artigo FRAGA, Fernando Aranda. John Rawls: filósofo político del siglo xx. *Revista de Filosofia*, Curitiba, v. 18, n. 21, p. 95-109, jul./dez. 2005.

peessoa faz depende do que as regras públicas determinam a respeito do que ela tem direito de fazer, e os direitos de uma pessoa dependem do que ela faz.⁵

As profundas desigualdades sociais são geradas pelas camadas e posições existentes entre os membros de uma sociedade. Desse modo, as referidas posições geram aspirações e expectativas diversas respectivamente que são determinadas pelo sistema político e pelas situações socioeconômicas da sociedade.

Para entabular a solução das desigualdades sociais em voga, John Rawls adota o modelo contratualista. Com esse modelo, Rawls não almeja justificar o Estado ou uma forma de governo partindo do contrato social, mas sim utilizar um modelo argumentativo para a eleição dos princípios comuns de justiça e de suas correspondentes configurações institucionais, os quais possam ser utilizados e aplicados perante a sociedade para ordená-la de maneira justa.⁶

Nessa linha, as diversas concepções do bem que instigam as comunidades políticas modernas, bem como o pluralismo de interesses de grupos e organizações, obtêm uma resposta liberal-igualitária focada na perspectiva normativa proposta por John Rawls.

⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 90.

⁶ Acerca da teoria do contrato social, vale a pena transcrever alguns esclarecimentos apostos por Rozane Terezinha Felipe:
“O conceito de contrato social é o método argumentativo utilizados pelos autores contratualistas clássicos com o intuito de explicar a passagem do estado de natureza para a sociedade civil. Apesar da semelhança na argumentação, os autores distanciam-se quanto aos aspectos e finalidades do contrato. Todos os filósofos, com características distintas, consideram os homens no estado de natureza como indivíduos livres e iguais. O contrato social é considerado por alguns como um fato histórico (Locke), por outros como hipotético (Hobbes e Rousseau) ou ainda como uma idéia da razão (Kant). A sua função é explicar a instituição de um Estado ou de uma forma de governo. Com o pacto, os homens renunciavam a todos (Rousseau) ou alguns direitos (Hobbes, Locke e Kant) que possuíam no estado de natureza, em busca da proteção de sua vida (Hobbes), propriedade (Locke) e o bem-comum (Rousseau) ou uma autoridade instituída (Kant).” FELIPE, Rozane Terezinha. *A idéia de posição original na teoria da justiça como equidade de John Rawls*. 2008. 102f. Dissertação (Mestrado)–Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2008. p.14-15.

Sobre a adoção da vertente contratualista, Rawls assevera que “O que tentei fazer foi generalizar e conduzir para um nível mais elevado de abstração a teoria tradicional do contrato social tal como representada por Locke, Rosseau e Kant.”⁷ Corroborando o pensamento da diversificação do contratualismo Rawlsiano com o contratualismo clássico, Rozane Terezinha Felipe menciona:

[...] a teoria elaborada por Rawls retorna os conceitos do contratualismo clássico, contudo, o acordo realizado na posição original é mais geral na medida em que não compreende a fundamentação de uma sociedade ou de uma forma de governo, mas a elaboração de princípios de justiça que visam à estrutura básica de uma sociedade existente; e é mais abstrata visto que esta situação de acordo é concebida como hipotética e a-histórica.⁸

Em momento seguinte, a autora traça alguns pontos semelhantes e outros diferentes do contratualismo de Rawls ante os contratualistas clássicos:

As semelhanças se referem ao modelo argumentativo utilizado pelo autor, isto é, o conceito de contrato social e o seu aspecto hipotético, e a compreensão das pessoas como livres e iguais. As diferenças estão na finalidade do acordo que, em Rawls, visa a elaboração dos princípios de justiça. Enquanto nele o contrato tem em vista apresentar uma solução para os problemas de desigualdade social, para os contratualistas clássicos, o contrato possuía a função de instituir um Estado ou uma forma de governo a fim de garantir a vida aos membros da sociedade.⁹

Por sua vez, Álvaro de Vita discorda da assertiva de que Rawls adotou integralmente a teoria contratualista e, inclusive, descreve que:

Na construção proposta por Rawls (1) não é especificado um ponto de ausência de acordo, ou ‘estado de natureza’;

⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 8.

⁸ FELIPE, Rozane Terezinha. A idéia de posição original na teoria da justiça como equidade de John Rawls. 2008. 102 f. Dissertação (Mestrado)–Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2008.

⁹ FELIPE, Rozane Terezinha. A idéia de posição original na teoria da justiça como equidade de John Rawls. 2008. 102 f. Dissertação (Mestrado)–Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2008.

em relação a qual as partes contratantes teriam de estimar os benefícios que obteriam aceitando os termos de um acordo e (2) as partes contratantes não avaliam os termos do acordo motivadas unicamente pela maximização do próprio benefício.¹⁰

Desse modo, o referido autor encara que, formulando positivamente as condições (1) e (2), as quais são integrantes do contratualismo hobbesiano, ambas determinam que somente:

[...] são legítimos os princípios de justiça sobre os quais se pode afirmar que seriam convencionados em uma negociação hipotética em que as partes se empenham em maximizar sua própria utilidade, cada uma delas tomando por referência a utilidade com que teria de se contentar caso a negociação fracassasse – isto é, caso não fosse possível passar do estado de natureza para um esquema cooperativo fundado em princípios acordados de justiça.¹¹

Posteriormente, Álvaro de Vita em sua obra “A justiça igualitária e seus críticos” ainda propõe uma interpretação geral do contratualismo Rawlsiano, pela qual não haja restrição ao leque de escolhas e oportunidades disponíveis, bem como inexistam normas cogentes a todos. No mesmo sentido, Thomas Scanlon interpreta o foco nodal do contratualismo edificado por Rawls em *Uma teoria da Justiça*.

A título complementar, é valioso lembrar que Álvaro de Vita¹² ainda preceitua que o contratualismo de Rawls pode ser visto como “iluminista” a partir do oferecimento de “[...] justificações inteligíveis para os arranjos sociais básicos (e para as formas de autoridade que constituem) a cada pessoa que sob eles têm de viver”, bem como aduz a existência de uma proximidade com o contratualismo hobbesiano a partir de os julgamentos de justiça política sejam proferidos de um contexto inicial de igualdade. Acerca dessa referida isonomia no tratamento, Álvaro de Vita expõe que:

¹⁰ VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 175-176.

¹¹ VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007.

¹² VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 178.

Trata-se da idéia de que as oportunidades de vida e o bem-estar dos cidadãos de uma sociedade democrática não podem depender do acaso genético ou social, isto é, de uma loteria na distribuição de posições sociais, renda e riqueza, talentos naturais e mesmo de concepções do bem; e que, portanto, as instituições básicas da sociedade devem ser concebidas para funcionar de forma que neutralize tanto quanto possível a influência desses fatores – que via de regra encontram-se ou inteiramente ou em grande medida fora do alcance do controle individual – sobre a vida que cada pessoa é capaz de levar.¹³

Por essas breves considerações, verifica-se que Rawls adota o modelo contratualista para embasar a sua concepção de justiça e rechaça os modelos clássicos do utilitarismo e do intuicionismo até então ressaltados por diversos pensadores e que serão tratados no tópico doravante.

2.2 Utilitarismo e intuicionismo

Dentre os diversos diferenciais apontados por Rawls para refutar o utilitarismo e o intuicionismo, ele destaca que a teoria da justiça como equidade enquadra-se como uma teoria deontológica, diferente das teorias teleológicas, seja via utilitarismo ou intuicionismo.

Para John Rawls, a teoria deontológica é aquela “[...] que ou não especifica o bem independentemente do justo, ou não interpreta o justo como maximizador do bem”,¹⁴ por outro lado, na teoria teleológica “[...] o bem se define independentemente do justo, e então o justo se define como aquilo que maximiza o bem.”¹⁵

A razão pela qual o autor adota a teoria deontológica em face da teleológica está sucintamente esposada no Prefácio de sua obra:

¹³ VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 181.

¹⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 32.

¹⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p.26.

[...] a razão principal para buscar essa alternativa é, no meu modo de pensar, a fragilidade da doutrina utilitarista como fundamento das instituições da democracia constitucional. Em particular, não acredito que o utilitarismo possa explicar as liberdades e direitos básicos dos cidadãos como pessoas livres e iguais, uma exigência de importância absolutamente primordial para uma consideração das instituições democráticas.¹⁶

Como se verifica, Rawls tem por desiderato apresentar uma alternativa à teoria utilitarista de uma forma que seja adequada para assegurar e justificar os direitos e deveres a serem preservados pelas sociedades. Além disso, salienta-se que o autor emprega o contrato social como instrumento para abarcar a escolha dos princípios de justiça, os quais, por sua vez, visam satisfazer a cooperação social.

No que se refere às críticas de Rawls sobre o utilitarismo,¹⁷ ele condena-o em função de que: (i) para tal teoria não há distinção entre os indivíduos; (ii) segue a teoria teleológica, por conseguinte, como anteriormente alinhavado, vincula a noção de justo e de bem, inclusive encarando o justo como a maximização do bem; (iii) a ética utilitarista depende em grande parte das contingências da vida humana, o que favorece a interesses de alguns serem privilegiados em desfavor de outros, a fim de maximizar a sua utilidade.¹⁸

¹⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 14.

¹⁷ Sobre a teoria da justiça de Rawls em face do utilitarismo, GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 1-24.

¹⁸ “Quando o princípio da utilidade é satisfeito, entretanto, não existe essa garantia de que todos se beneficiem. A obediência ao sistema social pode exigir que alguns, em especial os menos favorecidos, renunciem os benefícios em favor de um bem maior para todos. Assim, o sistema não será estável, a não ser que os que devem fazer sacrifícios tenham uma forte identificação com interesses mais amplos que os seus próprios. Mas não é fácil criar essa situação. Os sacrifícios em questão são aqueles que se exigem em épocas de emergência social, quando todos ou alguns são obrigados a trabalhar pelo bem comum. Os princípios da justiça se aplicam à estrutura básica do sistema social e à determinação das expectativas de vida. O que o princípio da utilidade exige é justamente um sacrifício dessas expectativas. Mesmo quando somos menos afortunados, temos de aceitar as maiores vantagens dos outros como uma razão suficiente para termos expectativas mais baixas ao longo de toda a nossa vida. De fato, quando a sociedade é concebida como um sistema de cooperação destinado a promover o bem de seus membros, parece inviável esperar que alguns cidadãos aceitem, com base em princípios políticos, perspectivas de vida ainda menores para que os outros se beneficiem. Fica evidente, então, o motivo que leva os utilitaristas a enfatizarem o papel da compreensão no aperfeiçoamento moral e o lugar central

Já no tocante ao intuicionismo,¹⁹ ele é criticado, pois não há um método de escolha quando há conflito com um princípio fundamental, ainda que se aceite a pluralidade de princípios fundamentais. Logo, de acordo com o pensamento de Rawls, não se pode admitir a inexistência de parâmetro para as instituições quando do embate entre concepções e princípios.

2.3 A concepção política de justiça de Rawls

A justiça como equidade perquirida por John Rawls examina o contexto social por intermédio dos direitos, deveres e liberdades que os integrantes da sociedade possuem e como tais são garantidos. Ou seja, não visa analisar a justiça a partir da posição social da pessoa perante a sociedade, das suas habilidades ou do desenvolvimento de seus talentos. Por essa razão, a concepção política de justiça concatenada via *Uma Teoria da Justiça*, nas palavras de Rozane Terezinha Felipe, tem o seguinte propósito:

A proposta de Rawls é elaborar uma concepção política de justiça que visa diminuir as desigualdades sociais através de princípios de justiça aplicados às instituições da estrutura básica da sociedade. Estes princípios têm a função de regular e avaliar a forma como essas instituições asseguram e distribuem os bens sociais primários, elementos essenciais para a realização do plano racional de vida das pessoas, e para o exercício e desenvolvimento das suas capacidades morais, que os habilitam a serem membros normais e plenamente cooperativos da sociedade ao longo de sua vida.²⁰

da benevolência entre as virtudes morais.” RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 193.

¹⁹ “As teorias intuicionistas têm, então, duas características: primeiro, consistem em uma pluralidade de princípios básicos que podem chocar-se e apontar diretrizes contrárias em certos casos; segundo, não incluem nenhum método específico, nenhuma regra de prioridade, para avaliar esses princípios e compará-los entre si: precisamos simplesmente atingir um equilíbrio pela intuição, pelo que nos parece aproximar-se mais do que é justo. Ou então, se houver regras de prioridades, elas são consideradas mais ou menos triviais e não oferecem grande ajuda na formação de um julgamento.” RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 37.

²⁰ FELIPE, Rozane Terezinha. A idéia de posição original na teoria da justiça como equidade de John Rawls. 2008. 102 f. Dissertação (Mestrado)–Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2008. p. 17-18.

Sobre a concepção política de justiça, Álvaro de Vita descreve que ela “[...] desempenha o papel de oferecer uma estrutura de discussão pública (ou de ‘razão pública’) dentro da qual se espera que os cidadãos ou seus representantes constituam suas preferências em questões de fundamentos constitucionais e de justiça básica.”²¹

Rawls aborda que a justiça como equidade para a concepção política:

[...] não inclui, portanto, nenhum direito natural de propriedade privada dos meios de produção (embora de fato inclua um direito de propriedade pessoal como necessário à independência e à integridade dos cidadãos), nem um direito natural à propriedade e à gestão de empresas pelos trabalhadores.²²

Posteriormente, complementa que “[...] em vez disso, oferece uma concepção da justiça à luz da qual, dadas as circunstâncias particulares de uma nação, essas questões podem ser resolvidas de forma racional.”²³

Válido também trazer as palavras de Rawls em um artigo na obra “Justiça e Democracia”, quando diz que:

[...] a teoria da justiça como equidade é concebida como uma concepção política da justiça válida para uma democracia, ela deve tentar apoiar-se apenas nas idéias intuitivas que estão na base das instituições políticas de um regime democrático constitucional e nas tradições públicas que regem a sua interpretação.²⁴

E, nesse sentido, pode-se falar que “[...] a teoria da justiça como equidade visa em especial àquilo que chamei de ‘estrutura básica’ de uma democracia cons-

²¹ VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 204.

²² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 19.

²³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 19.

²⁴ RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: M. Fontes, 2000. p. 204-205.

titucional moderna (utilizarei de maneira intercambiável ‘democracia constitucional’ e ‘regime democrático’).”²⁵

Feitas tais ponderações à concepção política da justiça, enfocar-se-á o papel da justiça, o objeto da justiça, a ideia principal da teoria da justiça e a posição original, para, posteriormente, tratar sobre os princípios de justiça.

2.4 O papel da justiça

A justiça revela-se como fator preponderante nas instituições sociais e é encarada por Rawls como “primeira virtude das instituições sociais”²⁶ assim como a verdade “dos sistemas de pensamento.”²⁷ Caracteriza-se como a primeira virtude porque ela garante os direitos e as liberdades advindas de uma cooperação social, que é compreendida em razão de três elementos, quais sejam:

1. A cooperação é distinta de uma atividade que fosse coordenada apenas socialmente, como, por exemplo, as ordens emitidas por uma autoridade central. A cooperação é guiada por regras publicamente reconhecidas e por procedimentos que aqueles que cooperam aceitam e consideram como regendo sua conduta com toda a razão.

2. A cooperação implica a idéia de que os seus termos são equitativos (*fair*), de que cada participante pode razoavelmente aceitá-los, com a condição de que todos os outros os aceitem igualmente. Os termos equitativos da cooperação implicam uma idéia de reciprocidade ou de mutualidade.

[...]

3. A idéia de cooperação social exige que se tenha uma idéia da vantagem racional de cada participante, isto é, do seu bem. Essa idéia do bem especifica aquilo que todos os que estão envolvidos na cooperação procuram atingir, quer se trate de

²⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 203.

²⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 3.

²⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes. 2002. p. 3.

indivíduos, de famílias, de associações ou mesmo de Estados-nações, quando se considera o sistema do seu ponto de vista.²⁸

Desse modo, “[...] numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais,”²⁹ até porque, uma sociedade, vivendo em uma cooperação social, os conflitos de interesses entre as pessoas são iminentes e reais.

Cada um busca na distribuição dos benefícios decorrentes da colaboração mútua a maior parcela possível frente ao interesse de outrem. Via de consequência, há que existir “[...] um conjunto de princípios para escolher entre várias formas de ordenação social que determinam essa divisão de vantagens e para selar um acordo sobre as partes distributivas adequadas.”³⁰ Tais citados princípios são os de justiça social idealizados por Rawls para assegurar uma verdadeira justiça.

A sociedade bem ordenada é vislumbrada “[...] não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça.”³¹ Para afastar qualquer dúvida acerca dessa assertiva, recorre-se à explicação de Rawls:

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 sócias básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios. Neste caso, embora os homens possam fazer excessivas exigências mútuas, eles contudo reconhecem um ponto de vista comum a partir do qual suas reivindicações podem ser julgadas. Se a inclinação dos homens ao interesse próprio torna necessária a vigilância de uns sobre os outros, seu sentido público de justiça torna possível a sua associação segura. Entre indivíduos com

²⁸ RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: M. Fontes, 2000. p. 214-215.

²⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 4.

³⁰ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 5.

³¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 5.

objetivos e propósitos díspares uma concepção partilhada de justiça estabelece os vínculos da convivência cívica; o desejo geral de justiça limita a persecução de outros fins pode-se imaginar uma concepção da justiça como constituindo a carta fundamental de uma associação humana bem ordenada.

Por tais razões, o problema da justiça aparece como primordial para as sociedades no tocante à sua ordenação social. A falta de justiça durante o desenvolvimento da sociedade acarreta grandes problemas de civilidade e de convivência comum.

Além da questão da justiça, deve-se mencionar ainda que Rawls destaca outros problemas sociais fundamentais atrelados ao problema da justiça para uma comunidade humana viável, quais sejam: coordenação, eficiência e estabilidade.

A coordenação presencia-se nos planos dos indivíduos, os quais precisam enquadrar-se uns nos outros a fim de as atividades por eles praticadas sejam compatíveis e logo executadas sem ofensa às expectativas de cada qual. Somado a isso, a cooperação social deve ser estável, o que por si gera a observância de regras básicas, para que, quando ocorram infrações a tais regras, sejam tomadas decisões objetivando a restauração da organização social. Nesses termos esposados, é que Rawls encara o papel da justiça.

2.5 O objeto da justiça

Apesar das mais variadas facetas que o adjetivo justo ou injusto possa qualificar, sejam elas leis, condutas humanas, julgamentos, decisões, instituições sociais ou sistemas sociais, Rawls enfrenta o seu foco sob a justiça social.

O autor preceitua que o objeto primário da justiça “[...] é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social.”³²

³² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 7-8.

As mencionadas instituições sociais representam a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais, isso porque “[...] tomadas em conjunto como um único esquema, as instituições sociais mais importantes definem direitos e deveres dos homens e influenciam seus projetos de vida, o que eles podem esperar vir a ser e o bem-estar econômico que podem almejar.”³³

Por sua vez, o conceito de justiça “[...] se define pela atuação de seus princípios na atribuição de direitos e deveres e na definição da divisão apropriada de vantagens sociais. Uma concepção da justiça é uma interpretação dessa atuação.”³⁴

2.6 A ideia principal da teoria da justiça

Rawls concebe a teoria da justiça com os princípios da justiça. Por intermédio desses princípios “[...] que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação.”³⁵ Ademais, continua Rawls, “[...] esses princípios devem regular todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer.”³⁶ Nessa linha de raciocínio que Rawls chama os suscitados princípios de justiça como “justiça como equidade”.

A posição inicial de igualdade ou posição original de igualdade equivale a uma situação puramente hipotética, sendo que, nessa situação, todos estão em pé de igualdade. Isso porque, nas palavras de Rawls:

[...] ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o status social e ninguém conhece sua sorte na

³³ RAWLS, John. *Uma teoria. da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 7-8.

³⁴ RAWLS, John. *Uma teoria. da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 11.

³⁵ RAWLS, John. *Uma teoria. da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 12.

³⁶ RAWLS, John. *Uma teoria. da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 12.

distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes. Eu até presumirei que as partes não conhecem suas concepções do bem ou suas propensões psicológicas particulares.³⁷

Os princípios de justiça não são escolhidos de forma parcial ou diferente de acordo com a pessoa, mas sim sob um “véu de ignorância”. O chamado “véu de ignorância” de Rawls possibilita que ninguém seja favorecido ou desfavorecido no momento da opção dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais.

Desse modo, a partir do momento em que todos estão em pé de igualdade, em uma mesma posição, não podendo vergar para o seu lado qualquer direcionamento ou favorecimento, então os princípios são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo. Sobre a posição original e o significado da justiça como equidade, Rawls enfatiza que:

A posição original é, poderíamos dizer, o status quo inicial apropriado, e assim os consensos fundamentais nela alcançados são equitativos. Isso explica a propriedade da frase “justiça como equidade”: ela transmite a idéia de que os princípios da justiça são acordados numa situação inicial que é equitativa. A frase não significa que os conceitos de justiça e equidade sejam a mesma coisa, assim como a frase “poesia como metáfora” não significa que os conceitos de poesia e metáfora sejam a mesma coisa.³⁸

Assim, a escolha dos princípios de justiça é realizada a partir da concepção da justiça, após, então, as pessoas devem escolher uma constituição e uma legislação para elaborar as leis e suas consequências. Claro que tudo deverá estar de acordo com os princípios de justiça adotados. Quando as pessoas obedecem e respeitam os princípios de justiça adotados, pode-se asseverar então que elas estão cooperando mutuamente.

³⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p.13.

³⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p.13.

Além disso, uma das características da justiça como equidade é “[...] a de conceber as partes na situação inicial como racionais e mutuamente desinteressadas”,³⁹ mas Rawls adverte que isso não quer dizer que as partes sejam egoístas, e sim que “[...] são concebidas como pessoas que não têm interesse nos interesses das outras.”⁴⁰

2.7 A posição original

A posição original é o *status quo* inicial ideal para garantir que os consensos básicos sejam equitativos e que a concepção política de justiça é o fruto de um acordo realizado na posição original em condições determinadas. Nessa linha, a posição original é a alternativa adequada para selecionar os princípios de justiça mais razoáveis que imperam os termos equitativos para regular uma sociedade, claro que seguindo a diretriz de um sistema equitativo de cooperação social.

As condições determinadas deverão ser colocadas de maneira que não haja qualquer favorecimento. O favorecimento ou desfavorecimento não poderá respaldar-se em uma sorte natural ou por circunstâncias sociais em decorrência da escolha dos princípios. Por essa razão também que Rawls descreve que o objetivo “[...] é excluir aqueles princípios cuja aceitação de um ponto de vista racional só se poderia propor, por menor que fosse sua probabilidade de êxito, se fossem conhecidos certos fatos que do ponto de vista da justiça são irrelevantes.”⁴¹

Para tanto, o autor exemplifica:

[...] se um homem soubesse que era rico, ele poderia achar racional defender o princípio de que vários impostos em favor do bem-estar social fossem considerados injustos;

³⁹ RAWLS, John. *Uma teoria. da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 15.

⁴⁰ RAWLS, John. *Uma teoria. da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 15.

⁴¹ RAWLS, John. *Uma teoria. da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 21.

se ele soubesse que era pobre, com grande probabilidade proporia o princípio contrário.⁴²

Diante dessa possível situação de parcialidade é que Rawls enseja que a escolha dos princípios de justiça demanda o não conhecimento dessas informações de contingência que criam as disparidades entre os homens e, por sua vez, gera o preconceito.

Logo, essa falta de conhecimento das diferenças e esse pé de igualdade culminam no véu de ignorância proposto por Rawls. Já o referido pé de igualdade ou, nos termos de Rawls, posição de igualdade, impulsiona na igualdade das pessoas na posição original. Nessa toada, enfatiza que, em tal posição:

[...] todas têm os mesmos direitos no processo da escolha dos princípios; cada uma pode fazer propostas, apresentar razões para a sua aceitação e assim por diante. Naturalmente a finalidade dessas condições é representar a igualdade entre os seres humanos como pessoas éticas, como criaturas que têm uma concepção do seu próprio bem e que são capazes de ter um senso de justiça. [...] Os sistemas de objetivos não são classificados por seu valor; e supõe-se que cada homem tenha a capacidade necessária para entender quaisquer princípios que sejam adotados e agir de acordo com eles. Juntamente com o véu de ignorância, essas condições definem os princípios da justiça como sendo aqueles que pessoas racionais preocupadas em promover seus interesses consensualmente aceitariam em condições de igualdade nas quais ninguém é consciente de ser favorecido ou desfavorecido por contingências sociais e naturais.⁴³

Verifica-se que os princípios não devem ser adotados e adaptados para grupos, parcelas ou indivíduos com o escopo de beneficiá-los, bem como a escolha dos princípios não deve ser feita pensando nos interesses e aspirações das pessoas. Essa é a função do véu da ignorância que tem a missão de obstar a passagem de informações ou condutas arbitrárias, o que per si determina a exclusão de princípios que beneficiariam alguns membros tão somente.

⁴² RAWLS, John. *Uma teoria. da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 21.

⁴³ RAWLS, John. *Uma teoria. da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 21.

Para a realização da escolha dos princípios equitativos, então as partes não podem ter acesso às informações contingentes sobre a sociedade ou de sua própria pessoa. Sobre o assunto, Rawls esclarece:

Supõe-se, então, que as partes não conhecem certos tipos de fatos particulares. Em primeiro lugar, ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe ou seu status social; além disso, ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua inteligência e força, e assim por diante. Também ninguém conhece a sua concepção do bem, as particularidades do seu plano de vida racional, e nem mesmo os traços característicos de sua psicologia, como, por exemplo, a sua aversão ao risco ou sua tendência ao otimismo ou ao pessimismo. Mais ainda, admito que as partes não conhecem as circunstâncias particulares de sua própria sociedade. Ou seja, elas não conhecem a posição econômica e política dessa sociedade, ou o nível de civilização e cultura que ela foi capaz de atingir. As pessoas na posição original não têm informação sobre a qual geração pertencem.⁴⁴

A falta de acessibilidade a dados simples e particulares tem a função de afastar qualquer opção por princípios que sejam favoráveis ou venham a beneficiar determinadas pessoas. Por essa razão, as partes são encobertas pelo véu da ignorância nos termos alicerçados na teoria de Rawls, tudo prezando a incolumidade das pessoas no momento da escolha dos princípios.

Em consequência, as partes ficam numa situação real de igualdade para a escolha da concepção política mais adequada para a cooperação social e, então, os princípios de justiça selecionados são resultados de consenso equitativo. Não sabendo quem será beneficiado pela sua escolha, verifica-se que as partes devem avaliar e deliberar acerca dos princípios a partir das considerações gerais a que têm conhecimento. Isso representa que cada indivíduo deverá portar-se como um integrante normal e plenamente cooperativo da sociedade, o qual é livre e igual e que visa realizar o seu plano racional de vida.

⁴⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 147.

2.8 Os princípios de justiça

A teoria da justiça como equidade é a concepção política de justiça idealizada por Rawls, sendo que o conteúdo dessa concepção cinge-se a dois princípios de justiça, os quais devem ser aplicados à estrutura da sociedade. A aplicação desses princípios perante a sociedade tem o fito de atribuir direitos e deveres e distribuir de forma adequada os benefícios decorrentes da cooperação social. Rawls apresenta os dois princípios em sua obra “Uma Teoria da Justiça” nos seguintes moldes:⁴⁵

Primeiro princípio: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais amplo sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos.

Segundo princípio: as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas por forma que, simultaneamente:

- a) redundem nos maiores benefícios possíveis para os menos beneficiados, de uma forma que seja compatível com o princípio da poupança justa;
- b) sejam a consequência do exercício de cargos e funções abertos a todos em circunstâncias de igualdade equitativa de oportunidades.⁴⁶

Os dois princípios de justiça decorrem de uma concepção mais genérica da seguinte forma “[...] todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da auto-estima – devem ser distribuídos igualmente

⁴⁵ Destaca-se que Rawls modificou a versão inicial dos dois princípios apresentados em “Uma Teoria da Justiça” na sua obra posterior “Justiça como Equidade: uma reformulação”, sendo que nesta obra ele elenca:

- a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e
- b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença). RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 60.

⁴⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 239.

a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos.”⁴⁷

Rawls estipula a existência de uma hierarquia entre os dois princípios de justiça. Tal hierarquização é denominada de ordenação serial ou lexical. Essa ordenação nada mais significa que o primeiro princípio tem prioridade sobre o segundo. O autor enfatiza que “[...] as reivindicações da liberdade devem ser satisfeitas primeiro”⁴⁸ e que, na mesma forma, a primeira parte do segundo princípio tem prioridade sobre a segunda. Explicando detalhadamente essa citada ordenação, valioso colacionar as palavras de Chandran Kukathas e Philip Pettit:

A primeira regra de prioridade estabelece a prioridade da liberdade, que só admite restrições à liberdade para bem da liberdade. O primeiro princípio deve estar satisfeito antes de o segundo ser invocado. Para qualificar a liberdade só pode atender-se à liberdade; assim, <uma liberdade menos ampla deve reforçar o sistema total de liberdade partilhado por todos>, e <uma liberdade menos igual deve ser aceitável pelos que têm um quinhão menor>.

A segunda regra de prioridade estabelece o primado da justiça sobre a eficácia e o bem-estar. Isto significa, em primeiro lugar, que a globalidade do segundo princípio tem precedência sobre o princípio da eficiência e sobre a idéia de <maximizar o conjunto de vantagens> na sociedade. Em segundo lugar, dentro do segundo princípio b), o princípio da igualdade equitativa de oportunidades tem prioridade sobre a), o princípio do maior benefício para os mais desfavorecidos (conhecido como princípio da diferença), significando isto que <uma desigualdade de oportunidades deve fazer aumentar as oportunidades (sic) dos que têm menos oportunidades (sic) e que, dada a exigência de justiça integracional que impõe a manutenção de um certo nível de poupança para o futuro, <uma taxa de poupança excessiva deve, em compensação, mitigar o fardo dos que a suportam>.⁴⁹

⁴⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 66.

⁴⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 267.

⁴⁹ KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. *Rawls: uma teoria da Justiça e os seus críticos*. Tradução. Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 1995. p. 60.

Todavia, insta alertar que John Rawls em sua obra “Liberalismo Político” expõe a necessidade de que seja respeitada uma premissa anterior ao primeiro princípio. Para o autor, há a indispensabilidade de serem respeitadas as necessidades básicas dos cidadãos que se configuram como um princípio:

[...] que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, ao menos à medida que a satisfação dessas necessidades seja necessária para que os cidadãos entendam e tenham condições de exercer de forma fecunda esses direitos e liberdades. É evidente que um princípio desse tipo tem de estar pressupostos na aplicação do primeiro princípio.⁵⁰

Nesses moldes, Álvaro de Vita enfatiza que:

Uma primeira qualificação a fazer é a de que a vigência da ‘prioridade léxica’ do primeiro princípio somente pode ter lugar uma que as necessidades básicas dos indivíduos tenham sido satisfeitas, entendendo-se por ‘necessidades básicas’ interesses vitais do seguinte tipo: a garantia da integridade física, de nutrição adequada, do acesso à água potável, ao saneamento básico, ao atendimento médico e à educação. É preciso supor que um princípio de satisfação de interesses vitais encontra-se implicitamente reconhecido na prioridade atribuída às liberdades civis e políticas.⁵¹

Ou seja, antes de verificar a presença dos dois princípios de justiça é indispensável que na sociedade os cidadãos possam gozar e fruir de um mínimo vital, que significam as condições de sobrevivência mínima. Sem tais condições presenciadas na realidade, nem se pode constatar a obediência ou não aos dois princípios.

Partindo da ideia de que em uma sociedade haja o respeito à premissa outrora comentada, salienta-se que a prioridade do primeiro princípio representa o respeito às liberdades básicas. Essas não podem ser violadas, negadas, negociadas ou substituídas por outros benefícios, sejam econômicos ou sociais. O que se es-

⁵⁰ RAWLS, John. *Liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2000. p. 49-50.

⁵¹ VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 206.

pera, então, por essa ordem léxica da liberdade é que haja um sistema coerente de liberdades básicas iguais para todos.

Antes de explicar cada um dos princípios, vale ressaltar que Rawls apresenta duas razões para escolher essa concepção de justiça. Phillip Petit e Chandran Kukathas explicitam tais razões nos seguintes termos:

Em primeiro lugar, é esta concepção que é capaz de resistir a um exame crítico comparativo na PO: as concepções utilitaristas, egoístas, perfeccionistas e outras seriam rejeitadas e a justiça como equidade manter-se-ia. Em segundo lugar, esta concepção de justiça possui certas vantagens pela positiva.⁵²

2.8.1 O princípio da igual liberdade

O primeiro princípio de justiça é denominado de princípio da igual liberdade e visa garantir liberdades básicas a todos os cidadãos que convivem na cooperação social. As ditas liberdades básicas para Rawls são as seguintes:

[...] a liberdade política (o direito de votar e ocupar um cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física (integridade da pessoa); o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e a detenção arbitrária, de acordo com o conceito de estado de direito.⁵³

As liberdades preconizadas por Rawls são fundamentais para os cidadãos, a fim de que possam desenvolver as atitudes mais comezinhas de uma vida. O gozo e a possibilidade de fruição das liberdades refletem a capacidade de as pessoas usufruírem do seu direito a desenvolver projetos e atitudes para assegurarem esse princípio de justiça. As referidas liberdades não podem ser negociadas, suprimi-

⁵² KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. *Rawls: uma teoria da justiça e os seus críticos*. Tradução. Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 1995. p. 61.

⁵³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 65.

das, substituídas ou cerceadas, sob pena de o primeiro princípio de justiça não ser plenamente assegurado em uma sociedade.

2.8.2 O princípio da diferença

O princípio da diferença não propõe uma isonomia entre todos os cidadãos no sentido de que todos devem possuir uma distribuição equânime de renda e riqueza, mas sim almeja uma situação de menor desigualdade. A situação de menor desigualdade possível é que ensejará a vantagem de todos cooperarem com o sistema social. Por mais que existam as desigualdades organizacionais e econômicas, elas devem ser tratadas e enfocadas de um modo que venham beneficiar a todos os membros da sociedade.

Para tanto, os mais afortunados deverão receber um tratamento que venha beneficiar aos menos afortunados, e não simplesmente um tratamento que lhes seja vantajoso tão só, sem encarar os seus frutos e suas consequências para a cooperação social. Sobre o tema, Rawls explica a posição do princípio da diferença da seguinte forma:

De acordo com o princípio da diferença, a desigualdade é justificável apenas se a diferença de expectativas for vantajosa para o homem representativo que está em piores condições, neste caso o trabalhador representativo não especializado. A desigualdade de expectativas seria justificável somente se a sua diminuição tornasse a classe trabalhadora ainda mais desfavorecida. Supostamente, dada a cláusula do segundo referente às posições abertas e o princípio da liberdade de uma maneira geral, as maiores expectativas permitidas aos empresários os encorajam a fazer coisas que elevem as perspectivas da classe trabalhadora. Suas perspectivas melhores funcionam como incentivos para que o processo econômico seja mais eficiente, a inovação se instaure num ritmo mais acelerado, e assim por diante.⁵⁴

⁵⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 82-83.

Nessa senda, a partir do fato de o princípio da diferença propiciar o benefício a todos os membros, pode-se situá-lo como um princípio de reciprocidade. A reciprocidade encontra-se presente, pois uma pessoa não se beneficia às custas dos outros ou do trabalho dos outros, mas sim todos podem ser qualificados como beneficiários face às vantagens recíprocas ocorridas numa relação do princípio da diferença perante a sociedade.

2.8.3 O princípio da igualdade equitativa de oportunidades

O princípio da igualdade equitativa de oportunidades busca garantir que todos aqueles que possuem uma igualdade em sua posição possam ter uma oportunidade igual de acesso, por exemplo, à educação, à cultura, ao esporte etc.

Por tal princípio não se exige tão somente que as posições e cargos estejam formalmente abertos, mas sim que as pessoas com habilidades, talentos e disposições semelhantes possam ter a mesma oportunidade de acessibilidade, independentemente de sua posição ou classe social. O que importa não são as convicções particulares ou as informações particulares, e sim a aptidão, habilidade e a formação para o preenchimento do cargo.

3 As parcerias da administração pública e o princípio da diferença ante a Constituição da República Federativa de 1988

A Administração Pública tem por finalidade a satisfação e efetivação dos interesses públicos, os quais se encontram estampados no ordenamento jurídico e devem ser desidério da atuação administrativa.⁵⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro

⁵⁵ Nessa linha, Hely Lopes Meirelles descreve que: “Em última análise, os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do *interesse público*, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado *sem interesse público* configura *desvio de finalidade*.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 81.

aborda que, para a Administração Pública, “[...] a vontade decorre da lei que fixa a finalidade a ser perseguida pelo administrador”.⁵⁶

Já Luiz Alberto Blanchet assevera, em síntese, que a Administração Pública é a

[...] atividade de gerenciamento dos interesses públicos, o que deve operar-se de acordo com as normas e princípios do Direito Administrativo.⁵⁷ Em seguida, o autor discorre acerca da finalidade da Administração Pública, que “[...] compreende as atividades de caráter decisório e executórios destinadas ao atendimento direto, imediato e concreto das necessidades públicas. Necessário alertar que o vocábulo ‘necessidade’ abrange toda e qualquer situação, cujo atendimento seja do interesse público, partindo da simples utilidade, passando pela necessidade propriamente dita, e chegando até a urgência.⁵⁸

Marcello Caetano lembra que, no exercício da finalidade pública, a Administração Pública age como dona, como representante do interesse público.⁵⁹ A título ilustrativo, vale apontar que o conceito de Administração Pública revela-se de grande dificuldade para a sua precisão e delimitação, inclusive, Odete Medauar aduz que “[...] diz-se mesmo que a Administração se deixa descrever, mas não se deixa definir, sobretudo ante sua complexidade e o caráter multiforme de suas atuações.”⁶⁰

Indissociavelmente para a assimilação da definição anterior, forçoso recordar o conceito de interesse público.⁶¹ A clássica lição de Renato Alessi, citada por Celso

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 68.

⁵⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 46.

⁵⁸ BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 46.

⁵⁹ CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 222.

⁶⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 45.

⁶¹ Sobre a correlação entre a ação administrativa e o termo interesse público, Georges Vedel aborda que: “La búsqueda de un fin de interes público es la condición positiva de la legalidade de la acción administrativa. Al contrario de los particulares quienes, bajo reserva de la licitud y de la moralidade de sus fines, pueden actuar para los fines más variados, comprendido naturalmente el interes personal, la Administración no debe decidirse más que desde el punto de vista del interes público.” VEDEL, Georges. *Derecho administrativo*. Tradução Juan Fincon Jurado. 6. ed. Madrid: Aguilar, 1980. p. 259.

Antônio Bandeira de Mello,⁶² pondera a existência do interesse público propriamente dito, ou interesse público primário, e o interesse público secundário.⁶³ O interesse público primário corresponde ao resultado do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade, já o interesse público secundário representa o interesse do Estado como sujeito em si.⁶⁴

Observadas essas diretrizes, salienta-se que a Administração Pública, a fim de alcançar a finalidade pública colimada, não dispõe de autossuficiência. Não consegue individualmente efetuar todos os atos necessários para a consecução e efetivação dos interesses públicos primários. Por isso, resta indispensável que a Administração Pública firme ajustes com terceiros, para buscar junto a eles a contribuição necessária para o alcance de seus desideratos.⁶⁵

⁶² ALESSI, Renato apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 68 et seq.

⁶³ Para o presente artigo adotar-se á a posição de Renato Alessi, sem olvidar a existência de juristas que discordam sobre a primazia e própria existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Favorável ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, recomenda-se a excelente obra de GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 251-324. Entretanto, contrária a essa posição, alvitra-se a existência dos artigos de Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmento, Gustavo Binbenbujm e Paulo Ricardo Schier na obra “Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público” SARMENTO, Daniel (Org). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

⁶⁴ Sobre o assunto, lembra-se das ponderações de Lúcia Vale Figueiredo, que de modo elucidativo explicita: “O interesse público pode ser definido como o bem jurídico de interesse coletivo que, por lei, deve ser perseguido pela Administração. De seu turno, conveniência e oportunidade estão atrelados a este conceito. É dizer: conveniente para a Administração será sempre o implemento do bem público a este tempo e hora. A oportunidade de concretizar a finalidade pública terá exatamente de ocorrer em momento propício, em momento adequado à sua implementação. Pode acontecer, por exemplo, que haja um interesse público, porém que o momento azado para sua consecução não seja contemporâneo a seu aparecimento, por existirem prioridades outras para a Administração Pública.” FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 17.

⁶⁵ Acerca do assunto, Hector Jorge Escola expõe: “La existencia de los contratos administrativos – la posibilidad en si misma de la administración pública para contratar – se funda en que ésta no está obligada a intervenir en todos los casos imponiendo su voluntad a los particulares, sino que también puede obtener su colaboración voluntaria, y por medio de un arreglo consensual la prestación de bienes y servicios personales.” ESCOLA, Hector Jorge. *Compendio de derecho administrativo*. Buenos Aires: De Palmas, 1990. v. 2. p. 600-601.

Do contrário, a Administração Pública restaria insuficiente para os escopos almejados ou ainda necessitaria de uma galopante estrutura, o que per si nos tempos modernos consubstanciaria uma afronta principalmente aos princípios da eficiência e da moralidade. Fala-se em afronta aos princípios da eficiência e da moralidade, uma vez que experiências em pequena escala de um agigantamento por parte do Estado já demonstraram resultados insatisfatórios ao interesse público.

Por conseguinte, infere-se que a necessidade de a Administração Pública firmar parcerias e gestões associadas é uma premissa inquestionável. Com base nessa premissa, abordar-se-á o tratamento constitucional das parcerias entre os entes políticos sob o enfoque do princípio da diferença proposta pela teoria da justiça de Rawls.⁶⁶

3.1 As parcerias entre os entes federados sob o enfoque do princípio da diferença na Constituição da República Federativa de 1988

Por razões de clareza e didática, ressalta-se que o foco deste artigo é sobre os convênios envolvendo transferências voluntárias e gestão associada de serviços públicos entre os entes federados, inclusive os consórcios públicos. Não se adentrará sobre o contrato de gestão previsto no art. 37, § 8º, da Constituição da República Federativa de 1988 e quiçá sobre as parcerias estatais junto ao setor privado (como, por exemplo, termo de parceria, convênio com entidade do terceiro setor, contrato de gestão com organizações sociais, subvenções etc.).⁶⁷

A Constituição da República de 1988 previu que compete de modo comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios uma série de assuntos e matérias, os quais estão elencadas no artigo 23. Todavia, é importante destacar o parágrafo único do art. 23, *in verbis*:

⁶⁶ Utilizar-se-á da teoria de Rawls para compreender a concepção de justiça não entre os cidadãos de uma sociedade, mas sim entre as pessoas que se qualificam como Administração Pública para fins de representatividade e atuação da função administrativa.

⁶⁷ Neste artigo adotar-se-á a expressão parceria de modo diverso ao utilizado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro na obra *Parcerias na Administração Pública*. A palavra parceria para este artigo é chamada pela aludida jurista como “gestão associada”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 40-41.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

Pelo mencionado parágrafo único, verifica-se que leis complementares poderão fixar normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Além da prescrição carreada, faz-se necessário alvitrar do art. 241 da Constituição da República que dispõe:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Como se visualiza esse dispositivo constitucional também serve para precognizar a possibilidade de os entes federados se cooperarem para a gestão associadas de serviços públicos,⁶⁸ bem como para a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. Os dois dispositivos constitucionais transcritos encontram guarida nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previstos no artigo 3º, qual seja:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁶⁸ Não se buscará a árdua tarefa de definir o que é serviço público em razão dos grandes debates existentes entre os juristas da seara do Direito Administrativo.

Os objetivos fundamentais aludidos representam o norte a ser perseguido pelos entes federados quando de suas parcerias para a realização ou concretização de um objetivo comum, isto porque, em uma gestão associada o desenvolvimento nacional, a construção de sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos sem qualquer tipo de preconceito ou preferência devem sempre servir de respaldo e direção para a elaboração e confecção de uma parceria entre os entes federados.

Desse modo, os entes federados não deverão concretizar parcerias, a fim de beneficiar tão somente um ente federado ou um grupo de entes federados, mas, muito pelo contrário, deverão visualizar a cooperação social presente sob o viés nacional. Os entes menos favorecidos, indiferente da razão particular, não poderão sofrer com exclusões ou desfavorecimentos em prol de um grupo mais forte política, social ou economicamente. Ou seja, isso representa que as parcerias da Administração Pública deverão nortear-se pela preocupação e zelo do princípio da diferença, o qual deve ser interpretado de forma adaptada em função de a exposição de Rawls em sua obra caracterizar-se para pessoas.

Exemplificando-se: as parcerias não devem atrelar-se tão somente entre municípios fortes do ponto de vista econômico, sem qualquer fortalecimento aos menos favorecidos. Uma parceria desse naipe não será representativa, justa⁶⁹ e muito menos equitativa para Rawls. As parcerias da Administração entre os entes federados somente atenderão ao princípio da diferença quando a gestão associada de serviços públicos ou as transferências de recursos (transferências voluntárias)⁷⁰ venham a diminuir as desigualdades dos entes federados mais abastados junto aos entes menos abastados. Entrementes, o que se verifica na prática é que a gestão associada entre entes que possuem realidades econômicas e polí-

⁶⁹ Sobre a concepção do justo ou injusto e a colocação desses vernáculos, vide a leitura Hart em "A concepção del derecho" HART, H. L. A. *El concepto del derecho*. Tradução Genaro R. Carrio. 2. ed. México: Nacional, 1961. p. 196 et seq.; CAMPBELL, Tom. *La justicia*. Tradução Silvina Alvarez. Barcelona: GEDISA, 2002. p. 34-56.

⁷⁰ Não se está aqui discorrendo sobre as transferências constitucionais obrigatórias previstas pela Constituição da República Federativa de 1988, e sim sobre as transferências voluntárias, as quais não possuem qualquer imperiosidade normativa para serem efetuadas.

ticas distantes acaba sendo fator para a demonstração luzente da desigualdade. Aquele ente com pouca ou quase nenhuma expressão política, a qual geralmente coincide com a falta de abundância de recursos financeiros, acaba subscrevendo ou submetendo-se a convênios “de adesão” ou gestão associada “de adesão”, pois não tem qualquer possibilidade de questionar ou interferir nas cláusulas que nortearão a parceria.

Com isso, deve ocorrer uma verdadeira reflexão sobre a função e o papel dos entes federados, quando se associam ou se conveniam sob o espectro do interesse da coletividade, e não puramente em interesses egoísticos e contrários à coletividade. Não raras vezes, a política pública implantada em determinado ente “pobre” em parceria com “irmãos ricos” (entes mais abonados financeiramente) gerará um desenvolvimento a tal ente desfavorecido, o qual repercutirá em efeitos indiretos e mediatos aos demais.

Quando se estuda, pensa e age na seara da gestão pública, inclusive na área de políticas públicas, não se deve delimitar as repercussões e consequências imediatas e instantâneas. Os agentes públicos devem nortear-se por condutas que sejam planejadas e vergadas para o interesse público primário.

Por tais razões, resta indissociável que as parcerias da Administração Pública direcionem-se aos entes que estejam na posição inferior ou próxima à posição mínima, a fim de que, com a concretização das parcerias, a diferença entre aqueles que ocupam a posição inferior e os que ocupam posições mais privilegiadas possa minorar.

Explicando o desiderato do princípio da diferença, transcrevem-se as seguintes palavras de Rawls:

Em uma estrutura básica na qual há representantes a serem considerados, maximize primeiro o bem-estar do homem representativo que se encontra na pior posição; a seguir, para um mesmo nível de bem-estar deste último, maximize o bem-estar do homem representativo na segunda pior situação, e assim por diante até o último caso que consiste em maximizar, mantendo-se o mesmo nível de bem-estar

para todos os representantes $n-1$, o bem-estar do homem representativo que se encontra na posição mais favorável.⁷¹

Assim, ao realizar o paralelo do pensamento Rawlsiano supra ante as parcerias entre os entes federados sob a ótica constitucional brasileira, visualiza-se que o princípio da diferença deverá ser aplicado e sopesado no momento da concretização das parcerias, a fim de diminuir a distância entre os mais variados entes da nossa realidade brasileira. Isso porque, enquanto alguns entes federados possuem riquezas gigantescas, outros não conseguem prover e dar condições mínimas para o seu povo. Por esse disparate, o princípio da diferença deve ser ponderado para que as parcerias direcionem os seus objetivos sob um olhar nacional e não regionalizado ou preconceituoso, como ocorre diariamente com alguns paupérrimos Municípios e Estados brasileiros. Não se pode conceber que a feitura de instrumentos os quais formalizam a gestão associada ou os convênios entre os entes paute-se tão somente pela força política ou econômica de alguns dos entes partícipes, sem pensar e contextualizar pelo princípio da diferença sob a ótica de Rawls, o qual, além de ser plenamente aplicável às parcerias em questão, inclusive acarretará como consequência a melhor escolha de políticas públicas e, de forma reflexa, o desenvolvimento nacional.

4 Conclusão

Diante das considerações anteriores, dessume-se que o presente artigo teve a finalidade de trazer em linhas gerais a Teoria da Justiça proposta por John Rawls em sua obra, “Uma Teoria da Justiça”, que revolucionou a concepção política da justiça e, posteriormente, contextualizar o princípio da justiça, mais precisamente o princípio da diferença, com as parcerias realizadas entre os entes da Administração Pública, de acordo com a Constituição Federal de 1988.

Não se pretende exaurir o tema, mas tão somente instigar a reflexão sobre as polêmicas transferências voluntárias e gestões associadas existentes entre os entes

⁷¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes. 2002. p. 179.

brasileiros frente ao contexto do desenvolvimento social e a escolha das políticas públicas, bem como servir para reflexão para o controle das políticas públicas adotadas pelos agentes públicos.

Por essa razão, encerra-se este artigo com uma pergunta: Será que o princípio da diferença não deveria ser analisado pelos administradores públicos quando da concretização de parcerias para a gestão associada de serviços públicos ou para a realização de transferências voluntárias, a fim de sempre colimar a diminuição de disparidades existentes na distribuição e investimento de recursos públicos entre os mais diversos entes federados na realidade brasileira?

The principle of the difference of the theory of the Rawls justice face to the voluntary transferences and the associated management of public services for the public administration: indispensable analysis for the distribution joust of public resources

Abstract

The article describes initially the Theory of Justice of Rawls, which advocates the theory of justice as fairness. For both, Rawls examines the social context through the rights, obligations and freedoms which the members of society have and as such are guaranteed. It is also the role of justice, the object of justice, the main idea of the theory of justice, the original position and the principles of justice, since there is now a highlight the principle of difference. After there is the description on the partnerships permitted and encouraged by Brazilian legal system between the bodies, especially voluntary transfers and management associated with public services. Of the end, then is developed a criticism of the duty of analysis of the Public Administration to the principle of difference at the time of doing the voluntary transfers and the management associated with public services.

Keywords: Theory of justice. Principle of the difference. Partnerships for public administration. Associated management of public services. Constitution. Public policy. Control.

Referências

- BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 1998.
- CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CAMPBELL, Tom. *La justicia*. Tradução. Silvina Alvarez. Barcelona: GEDISA, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- ESCOLA, Hector Jorge. *Compendio de derecho administrativo*. Buenos Aires: De Palmas, 1990. v. 2.
- FELIPE, Rozane Terezinha. *A idéia de posição original na teoria da justiça como equidade de John Rawls*. 2008. 102 f. Dissertação (Mestrado)–Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2008.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FRAGA, Fernando Aranda. John Rawls: filósofo político del siglo XX. *Revista de Filosofia*, Curitiba, v. 18, n. 21, p. 95-109, jul./dez. 2005.
- GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. São Paulo: M. Fontes, 2008.
- HART, H. L. A. *El concepto del derecho*. Tradução Genaro R. Carrio. 2. ed. México: Nacional, 1961.
- KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. *Rawls: uma teoria da justiça e os seus críticos*. Tradução Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 1995.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: M. Fontes, 2003.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: M. Fontes, 2000.

RAWLS, John. *Liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pissetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

VEDEL, Georges. *Derecho administrativo*. Tradução Juan Fincon Jurado. 6. ed. Madrid: Aguilar, 1980.

VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007.