

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO
JURÍDICO II**

VALTER MOURA DO CARMO

MANUEL FONDEVILA MARÓN

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Manuel Fondevila Marón, Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-381-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Decisão. 3. Realismo Jurídico.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO II

Apresentação

A presente obra compila os artigos do Grupo de Trabalho “Teorias do Direito, da Decisão, e do Realismo Jurídico II”, avaliados e aprovados para apresentação no XXV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI em parceria com o Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, realizado em Curitiba, no dia 8 de dezembro de 2016.

Os anais compilam os textos de autores de diferentes áreas do Direito. Todos dignos de uma leitura que aponte uma solução para os problemas enfrentados pela comunidade jurídica e não jurídica.

A problemática dos trabalhos não poderia ser mais atual diante dos conflitos nacionais porque passa o Brasil, e internacionais. Nesta situação cabe esperar dos juristas, especialmente quando reunidos em conclaves com tamanha dimensão dialógica, a aplicabilidade das propostas apresentadas.

Aos leitores cabe a oportunidade de refletirem sobre questões da envergadura de: neoconstitucionalismo e ativismo judiciário, interpretação e hermenêutica das normas jurídicas, a ideia de justiça, a cláusula de retrocesso dos direitos sociais, a independência e o mérito na toma de decisões administrativas, a liberdade de expressão e, finalmente, a unidade do Direito Público (nacional e internacional).

Boa leitura!

Prof. Dr. Manuel Fondevila Marón - UFMA

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DA JUSTIÇA SOB A ÓTICA DE JOHN RAWLS

FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE THEORY OF JUSTICE UNDER THE PERSPECTIVE OF JOHN RAWLS

**Deborah Delmondes De Oliveira
Daniela Ramos de Oliveira dos Santos**

Resumo

O artigo tem o propósito de analisar a Teoria da Justiça, de John Rawls, sob a ótica dos direitos fundamentais. O objetivo deste artigo é trazer reflexões sobre os princípios básicos de justiça: liberdade e igualdade, além de analisar os bens primários como direitos fundamentais inerentes a dignidade da pessoa humana. Ademais, este artigo visa demonstrar como os direitos fundamentais são utilizados como critérios de justiça, na concepção de Rawls, e como servem de base para a implementação dos textos constitucionais. A construção deste artigo foi realizada através de uma perspectiva teórica, análise bibliográfica e alguns artigos atinentes ao tema.

Palavras-chave: John rawls, Teoria da justiça, Direitos fundamentais, Liberdade, Igualdade

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to analyze the Theory of Justice by John Rawls, from the perspective of fundamental rights. The purpose of this article is to bring reflections on the basic principles of justice: freedom and equality, and analyzing primary goods as fundamental rights inherent to human dignity. Moreover, this paper aims to demonstrate how fundamental rights are used as criteria of justice, in the design of Rawls, and how are the basis for the implementation of constitutional texts. The construction of this article was accomplish through a theoretical perspective, literature review and some articles relating to the topic.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: John rawls, Theory of justice, Fundamental rights, Freedom, Equality

1. Introdução

O filósofo e jurista John Rawls desenvolveu a Teoria da Justiça como uma alternativa viável para ser aplicada tanto na área da filosofia como também na área da política e do direito.

O artigo tem o propósito de trazer reflexões sobre a Teoria da Justiça e sua aplicação sob a ótica dos direitos fundamentais. Para tanto, serão observados alguns conceitos aplicados por Rawls, tais como: as definições de posição original, véu da ignorância, além de analisar o princípio da igualdade e da liberdade, considerados como princípios básicos da justiça, para aplicarmos aos estudos dos direitos fundamentais na perspectiva de John Rawls.

Desta forma, ao analisarmos os preceitos básicos de justiça sobre a concepção de Rawls, será demonstrado como a teoria deste filósofo pode ser aplicada no estudo dos direitos fundamentais.

Neste sentido, será feita uma breve reflexão sobre a teoria de Rawls e sua concepção de Justiça na aplicação dos direitos fundamentais.

Destarte, o presente artigo não tem como finalidade esgotar todo o tema, tampouco trazer soluções definitivas para os questionamentos que serão abordados, mas sim, trazer reflexões sobre os direitos fundamentais, na perspectiva da Teoria da Justiça, proposta por John Rawls.

2. Concepção de Justiça

Para John Rawls “ a justiça é a primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento.” (RAWLS, 2008, p. 4). Sua concepção de justiça é a de justiça social, pois o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade (RAWLS, 2008, p. 8).

A concepção de justiça deve ser vista como uma ideia de fazer aquilo que o indivíduo considera ser correto, de forma que seja aplicado a cada um o que lhe é merecido. Carvalho (2014) descreve que a justiça "(...) pode ser encarada como um valor a ser perseguido, como o ato de concretizar esse valor e, inclusive, pode ser uma ideia flexível a depender de alguma concepção preestabelecida".

Na mesma linha de raciocínio, a ideia de justiça é definida por Miguel Reale como:

A Justiça, como se vê, não é senão a expressão unitária e integrante dos valores todos de convivência, pressupõe o valor transcendental da pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda ordem jurídica. Essa compreensão histórico-social de Justiça leva-nos a identificá-la como bem comum, dando, porém, a este termo sentido diverso do que lhe conferem os que atentam mais para os elementos da "estrutura", de forma abstrata e estática, sem reconhecerem que o bem comum só pode ser concebido, concretamente, como um processo incessante de composição de valores e interesses, tendo como base ou fulcro o valor da condicionante da liberdade espiritual, a pessoa como fonte constitutiva da experiência ético-jurídica. (REALE, 2002, p.272)

Neste sentido, pode-se perceber que a justiça é uma forma de compreender e identificar o que pode ser considerado como um bem comum dentro de uma composição de valores e interesses de uma determinada sociedade.

Para Outeiro:

A justiça assegura a cada indivíduo uma inviolabilidade que nem a maioria ou o bem-estar da sociedade pode violar, tais direitos estão, portanto, fora de negociações políticas ou de variações segundo interesses sociais. No entanto, em face da constatação de que as sociedades são marcadas por conflitos entre seus membros, existe a necessidade de um denominador comum a todos, que são os princípios de justiça. Eles irão servir de fio condutor para a escolha entre os diversos modos de organização social que definem essa divisão de vantagens, pois são um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade, bem como de definir a distribuição apropriada dos benefícios e dos encargos da cooperação social. (OUTEIRO, 2015, pag.2)

Na mesma linha de interpretação, Feliciano de Carvalho argumenta que:

É possível, todavia, num linguajar mais vulgar, afirmar que é justo aquilo que está adequado, ou aquilo que simplesmente se ajusta a uma determinada situação. Como se vê, a Justiça pode ser valor, ou virtude, mas ao mesmo tempo tem o aspecto de ato, precisamente o ato de dar a cada um o que é seu, sendo certo que se trata da principal finalidade do Direito. (CARVALHO, 2014, pag. 39)

Neste mesmo raciocínio, Moncada afirma que:

A "justiça" é a ordem social, a ordem perfeita. Já nos antigos, deste Pitágoras, pensavam assim. Justiça, segundo a ideia, é o mesmo que proporção e portanto igualdade (...). Se cada qual for lhe dado o que seu é, ou se cada qual fizer aquilo que lhe compete fazer dentro do todo de que faz parte, aí teremos, com efeito, realizada a mais completa Justiça segundo a ideia, abstraído do seu conteúdo axiológico, quer se trate das partes dum organismo, quer dos homens na vida social. (MONCADA, 1995, pag.43)

Desta forma, constata-se que o conceito de justiça não é uma definição tão simples, tendo em vista que cada um tem uma interpretação do que deve ser considerado como justo, ou seja, a análise se torna subjetiva. Quando se fala em dar a cada um o que lhe é merecido, temos que nos indagar sobre o que cada um merece e isto é, portanto, subjetivo.

É bastante complexo traçar parâmetros para a definição de justiça que não impliquem em imposições subjetivas, uma vez que é da natureza humana exercer a vontade de fazer o que é justo e reprovar o que se considera injusto, partindo da ideia de ética e moral mínimas, como se pudesse estabelecer o ideal de equilíbrio no que possa ser considerado como justo.

Rawls entende que a justiça social é realizada a partir do modo como as “principais instituições sociais distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social.” (RAWLS, 2008, p. 8)

Portanto, cabe ao Direito estabelecer diretrizes por intermédio dos direitos fundamentais, através de uma teoria da justiça equilibrada, pontuando os valores individuais, coletivos, éticos e morais, dentro de uma sociedade democrática.

Assim, a teoria da Justiça de John Rawls tem o propósito de definir a ideia de justiça de forma objetiva, no intuito de estabelecer critérios para garantir a Justiça dentro de um Estado democrático, evitando a imposição da subjetividade, como será abordado adiante.

2.1 A Teoria da Justiça de John Rawls

Um dos objetivos de Rawls ao propor a Teoria da Justiça foi a necessidade de se propor uma teoria em que os direitos fundamentais fossem protegidos, além de criar parâmetros para determinar o que é justo do ponto de vista objetivo.

Um dos grandes desafios para delimitar os critérios de justiça foi o de ponderar as influências que afetam e criam a necessidade de se delinear a própria justiça, que são: os ideais políticos, religiosos e culturais que impedem que a definição de justiça seja feita sem a influência destes fatores.

A intervenção do Estado na sociedade, na economia, na religião e em outras áreas faz com que o indivíduo pense no que é justo, mas seja obrigado a participar da formação da justiça que é delimitada pelo seu próprio Estado. Ao comentar sobre a Teoria da Justiça de John Rawls, Siqueira enfatiza que:

A Teoria da Justiça apresenta como propósito a fixação dos princípios de Justiça basilares às instituições de uma sociedade democrática. Para alcançar este objetivo, John Rawls não apenas elabora uma teoria processual - tratando do procedimento no qual são fixados os princípios de Justiça - como efetua uma análise substancial do problema, fixando o conteúdo dos princípios de Justiça. (SIQUEIRA, 2011, p.272)

Carvalho considera que:

A Teoria da Justiça é contratualista, na medida em que os parâmetros de Justiça não de ser estabelecidos a partir de um acordo de vontades entre os membros da sociedade que se comprometem a estabelecer os princípios básicos aos quais vão se submeter de modo cooperado. (CARVALHO, 2014, p.42)

Com esta teoria, Rawls procurou definir o modo de agir dos membros de determinada sociedade, como uma postura essencial a ser considerada para se estabelecer os princípios e os ideais de Justiça. Assim, Rawls delimita uma posição original dos membros da sociedade para

obter elementos essenciais para a definição de justiça sem que esta definição seja influenciada por questões ligadas a paixões e fraquezas humanas, consideradas como fatores subjetivos que poderiam ocasionar em princípios de justiça baseados em questões subjetivas.

Neste sentido, para estabelecer o que é conceituado como princípios de Justiça, na concepção de John Rawls, deve-se, primeiramente, tentar abstrair tudo o que pode influenciar os membros de uma sociedade, de modo que estes possam agir de forma neutra, desconhecendo as vantagens e/ou prejuízos que teriam caso soubessem como deveriam agir. Para tanto, estes membros da sociedade deveriam vestir o "véu da ignorância" temporário, no intuito de garantir que estes princípios de justiça possam sofrer influência da sociedade.

Desta forma, os princípios seriam criados para resguardar os interesses e anseios de determinada sociedade, possibilitando a prevalência dos princípios de justiça, sem a interferência de nenhum fator ideológico, como pode ser visto na explanação de Siqueira:

Neste contexto, John Rawls conceitua a posição original como o primeiro acordo ideal entre os representantes da sociedade que, concebendo a todos como pessoas livres e iguais, deliberariam acerca dos princípios de Justiça basilares às instituições sociais sob o véu da ignorância, ou seja, sem conhecimento dos interesses seus e das pessoas a que representam. (SIQUEIRA, 2011, p.86)

Ao mencionar sobre a posição original, Carvalho descreve que:

(...) os parceiros da posição original devem agir de acordo com a moral ética uns perante os outros, conforme os ditames daquilo que é razoável e racional. Não se pode olvidar que a pretensão do teórico da justiça é estabelecer uma sociedade democrática conforme a equidade. Nessa situação, parte-se de uma posição original na qual os parceiros devem vestir um véu que os priva das precompreensões para que não sejam influenciados por nenhum interesse menor e agir de modo razoável e racional. (CARVALHO, 2014, p.44)

Isto porque, na posição original, o cidadão encontra-se envolvido pelo véu da ignorância, o que lhe permite fazer escolha de princípios justos. O véu da ignorância consiste na abstração dos cidadãos das contingências do mundo social, fazendo que não sejam afetados no momento da escolha dos princípios da justiça.

Assim, percebe-se que para se estabelecer uma sociedade democrática os parceiros de determinada sociedade devem agir de forma racional, observando os valores morais e éticos, onde estes parceiros sejam privados de informações e fatores que possam prejudicar na formação dos ideais de justiça.

Ao definir os parceiros da posição original, Rawls afirma que:

(...) os parceiros da posição original são indivíduos representativos racionalmente autônomos, limitados pelos cerceamentos razoáveis que comportam a posição original, e sua tarefa consiste em adotar princípios de Justiça que se apliquem à estrutura básica. Já os delegados de uma assembleia constituinte têm menos margem de liberdade, uma vez que devem aplicar, quando da escolha de uma constituição, os princípios de Justiça que foram adotados na posição original. Os legisladores, numa assembleia parlamentar, têm ainda menos liberdade, pois as leis que devem promulgar, quaisquer que sejam elas, devem estar de acordo, ao mesmo tempo, com a constituição e com os dois princípios de Justiça. À medida que se desenrolam as etapas e se dá a transformação das tarefas requeridas que se tornam cada vez mais preciosas, os cerceamentos do Razoável se fazem mais pesados e o véu da ignorância se torna menos espesso. (RAWLS, 2000, p.194)

O recurso de Rawls ao véu da ignorância é de suma importância para a construção da sua teoria, posto que ele garante a imparcialidade na medida em que as encobre as pessoas, impedindo-as de terem ciência da sua identidade particular.

A concepção exposta por Rawls (2008, p. 82) é a da justiça como equidade sob a ótica de uma sociedade bem-ordenada, que deve satisfazer “ (...) uma condição necessária (mas não suficiente, com toda a certeza) de realismo e estabilidade.”

A partir de uma sociedade bem ordenada, cabem as partes, racionais e livres, a obrigação de avaliar e encontrar princípios defensáveis a partir de uma situação de igualdade inicial. Somente com essa igualdade, as pessoas serão capazes de se colocarem de acordo e decidirem imparcialmente. E é essa imparcialidade, equidade (*fairness*), o que define propriamente a justiça que é proposta por Rawls.

Neste diapasão, a Teoria da Justiça de John Rawls inicia-se como um procedimento tendente a definir de forma objetiva os critérios de justiça que, posteriormente, ensejaram nos princípios basilares do Estado democrático de Direito, e que conseqüentemente serviram de base para a implementação dos direitos fundamentais.

3. Os princípios de Justiça aplicados a Teoria de John Rawls: liberdade e igualdade

Os princípios da liberdade e da igualdade, considerados como princípios da Justiça, formulados John Rawls, também são considerados como os direitos fundamentais básicos e que devem ser aplicados em qualquer ordenamento jurídico. O autor defende que a justiça com equidade, somente será alcançada, quando for possível promover vantagens aos mais desfavorecidos e uma justa igualdade de oportunidades.

Assim, para Rawls, a forma como esses princípios serão interpretados é que irá concretizar a teoria da sua justiça como equidade. Ainda, para o autor, a escolha de princípios norteadores da ação contratual é extremamente difícil:

Não espero que a resposta que vou sugerir seja convincente para todos. Por isso, vale a pena observar desde o início que a justiça como equidade, como outras visões contratualistas, consiste em duas partes: (1) uma interpretação de uma situação inicial e do problema da escolha colocada naquele momento, e (2) um conjunto de princípios que, segundo se procura demonstrar, seriam aceitos consensualmente. (RAWLS, 2008, p.17)

São dois, os princípios da justiça para Rawls (2008, p. 73), que são acordados na posição original:

1) cada pessoa deve ter um direito igual ou mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras, 2) as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. (RAWLS, 2008, p.73)

Assim, temos os princípios das iguais liberdades básicas e da diferença e igualdade de oportunidades como norteadores da teoria da justiça rawlsiana.

De acordo com o princípio da liberdade, “ (...) cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas”. (RAWLS, 2008, p. 73)

Para uma maior compreensão do princípio das iguais liberdades básicas, Rawls (2008) explica:

Em primeiro lugar, devemos ter presente que as liberdades básicas devem ser avaliadas como um todo, como um sistema. O valor dessas liberdades depende normalmente da forma como as outras são especificadas. Em segundo lugar, admito que, desde que as condições sejam razoavelmente favoráveis, é sempre possível especificar essas liberdades de modo a que os efeitos mais importantes de cada uma possam ser simultaneamente garantidos e os interesses mais fundamentalmente protegidos. Ou, pelo menos, que tal será possível desde que se adira de uma forma coerente aos dois princípios de justiça e as regras da prioridade que lhes estão associadas. (RAWLS, 2008, p. 168-169)

Desse modo, o princípio da liberdade não se limita apenas ao direito de ir e vir, mas também, está relacionado ao direito de liberdade de expressão e de pensamento, como pode ser visto nas garantias constitucionais estabelecidas no art.5 da CF/88.

Já o segundo princípio está preocupado com as oportunidades de acesso, de modo que contingências sociais e naturais possam ser ordenadas de maneira a não interferir no resultado das relações sociais.

Sob essa ótica, o princípio da igualdade, este não deve ser visto apenas como o direito de ser tratado de forma igual, mas sim o direito de obter oportunidades semelhantes sem discriminação de qualquer gênero, como pode ser visto no seguinte dispositivo constitucional:

Art.5: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

- I) homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...) (BRASIL, 1988)

Como pode ser visto no dispositivo constitucional supracitado, o princípio da igualdade está inserido na Constituição Federal como um direito e uma garantia fundamental.

De acordo com Outeiro:

A justiça como equidade adota algumas premissas, como a que a teoria será aplicada a uma sociedade bem ordenada e regulada por uma concepção pública de justiça, entendida como aquela em que todos os indivíduos aceitam e sabem que outros aceitam os mesmos princípios de justiça, ao passo que as instituições sociais fundamentais geralmente atendem a esses princípios. Em seguida, a tese delimita as instituições essenciais, que são a constituição política e arranjos econômicos e sociais mais significativos, de onde se tem como exemplos a proteção da liberdade de pensamento e de consciência, mercados competitivos, a propriedade privada dos meios de produção e a família monogâmica. (OUTEIRO, 2015, pag.4)

Ao descrever sobre os princípios básicos de Justiça, Rawls tem o seguinte entendimento:

Enunciarei agora e explicarei os dois princípios de Justiça, e discutirei, em seguida, a pertinência desses princípios para uma sociedade bem ordenada. (...) 1. Cada pessoa tem um direito igual ao mais extensivo esquema de liberdades fundamentais iguais compatíveis com um esquema semelhante de liberdade para todos. 2. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: elas devem ser (a) para o maior benefício esperado dos menos favorecidos; e (b) vinculadas a cargos e posições abertas a todos em condições de oportunidade equitativa. O primeiro desses princípios deve ter prioridade sobre o segundo; e a medida de benefício para os menos favorecidos é especificada em termos de um índice de bens primários sociais. (RAWLS, 2008, p.112)

Pode-se extrair do princípio da igualdade estabelecido por John Rawls que desde que seja para beneficiar os menos favorecidos, pode ser dado tratamento diferenciado a estes, analisando o bem estar social primário. Além disso, as liberdades fundamentais devem ser estabelecidas de forma que possam ser concedidas a toda a sociedade.

Ao argumentar sobre a possibilidade de ser aplicado o tratamento desigual a determinada sociedade, Outeiro tem o seguinte entendimento:

(...) admite-se a desigualdade, desde que seja controlada, pois ninguém poderá ter todos os bens primários e todos os indivíduos farão jus a uma parcela destes bens. Ao passo que alguma concentração de bens sociais será permitida, devido ao mérito e esforço, respeitada a regra anterior, de que todos farão jus a alguma parcela. (OUTEIRO, 2015, pag.7)

Assim, constata-se que a desigualdade pode ser controlada através da observância dos bens primários. Desta forma, se cada indivíduo tiver o mínimo para sua subsistência, ou seja, se forem observados os bens primários, as desigualdades sociais, ainda que continuem, vão permitir que os menos favorecidos tenham, pelo menos, o essencial que são os bens primários.

Neste mesmo entendimento, Rawls consegue assegurar oportunidades de benefício às classes menos favorecidas, demonstrando que a solidariedade é presente no princípio da igualdade.

Na segunda fase da Teoria da Justiça, Rawls chega a conclusão que os parceiros da posição original que ficaram submetidos ao véu da ignorância acabam caminhando para a criação e evolução dos princípios da igualdade e da liberdade, tornando uma sociedade mais unida e tolerante com as questões humanas. Neste contexto, John Rawls afirma que:

Em particular, assumirei que haja dois princípios de Justiça que propriamente se aplicam à estrutura fundamental das instituições do sistema social e, portanto, à constituição. O primeiro destes princípios requer que todos tenham direito igual à mais ampla liberdade compatível com uma liberdade semelhante para todos; o segundo é que desigualdades são arbitrárias a menos que seja razoável ter a expectativa de que elas funcionarão para a vantagem de todos e contanto que as posições e cargos aos quais elas estão ligadas ou a partir dos quais elas podem ser obtidas são abertos a todos. Assumirei que estes sejam os princípios que podem ser derivados pela imposição de restrições morais a pessoas racionais e mutuamente auto interessadas, uma vez que elas propõem demandas conflitantes acerca da forma básica de suas instituições comuns quando questões de Justiça têm lugar. (RAWLS, 2008, p.47)

Ou seja, pela afirmação de Rawls pode-se extrair que é possível aplicar a desigualdade desde que seja razoável sua aplicação e desde que seja utilizada em benefício e vantagem de todos. Desta forma, o princípio da liberdade é o que prevalece, mas é permitido o tratamento desigual desde que seja fundamentado o motivo para sua imposição e desde que seja em benefício da coletividade.

No que tange ao princípio da liberdade Carvalho assegura que:

Ao assegurar as liberdades nas suas diversas nuances e ao lidar com as diferenças - o universo da igualdade - no sentido de resguardar o mérito (acesso aos postos e funções com igual oportunidade) e os menos favorecidos, percebe-se que a ambição de uma fórmula que seja aplicável para qualquer aglomerado humano pretendente a desenvolver um corpo social minimamente justo. (CARVALHO, 2014, p.47)

Pelas considerações de Feliciano de Carvalho, resta claro que John Rawls não estipulou a aplicação dos princípios de Justiça as pessoas consideradas incapazes ou aquelas que necessitam de cuidados especiais.

Apesar da teoria de Rawls permitir a implementação de inúmeros valores aos seus princípios, ainda resta evidente a necessidade de adaptar os princípios às diversas acepções sociais que são consideradas como classes menos favorecidas e desprovidas de liberdade, igualdade e oportunidades que são disponibilizadas as demais classes.

Assim, para aplicar o princípio da igualdade a todas as classes, Rawls pensou na ideia de se resguardar determinados tipos de bens, considerados como bens essenciais, e que posteriormente foram considerados como bens primários na concepção de Rawls.

Na segunda fase da Teoria Justiça, Rawls enumera os bens primários como aqueles bens essenciais que a sociedade necessita, mas que não obteriam com facilidade caso não fossem alcançados pelos princípios da Justiça. Através do véu da ignorância os parceiros inseridos na posição original foram fundamentais para o estabelecimento da equidade que ensinou no dever de cooperação entre os membros da sociedade.

Ao comentar sobre os princípios de justiça, Rawls estabelece as seguintes regras de prioridade:

Primeiro princípio

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos.

Segundo princípio

As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo:

- a) Tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa,
- b) Sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Primeira regra de prioridade (A prioridade da liberdade)

Os princípios da justiça devem ser classificados em ordem lexical e portanto as liberdades básicas só podem ser restringidas em nome da liberdade.

Existem dois casos:

- a) Uma redução da liberdade deve fortalecer o sistema total das liberdades partilhadas por todos;
- b) Uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm liberdade menor.

Segunda regra de prioridade (A prioridade da Justiça sobre a eficiência e sobre o Bem-estar)

O segundo princípio da justiça é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades é anterior ao princípio da diferença. Existem dois casos:

a) Uma desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm uma oportunidade menor;

b) Uma taxa excessiva de poupança deve, avaliados todos os fatores, tudo somado, mitigar as dificuldades dos que carregam esse fardo. (RAWLS, 2008, pag. 333)

Ao analisar os princípios definidos por John Rawls, percebe-se que a prioridade deste filósofo foi de oferecer prioridade aos princípios e ideais de liberdade e igualdade, analisando também aqueles que se encontram em situação menos favorecida.

Os princípios devem ser dispostos em uma ordem serial, sendo que o primeiro – das iguais liberdades – deve ser prioritário do segundo – da diferença e da igualdade de oportunidades.

Rawls ao manter a prioridade do primeiro princípio de justiça sobre o segundo, ele reafirma que as liberdades básicas dos indivíduos não devem ser sacrificadas seja em nome de políticas essenciais à eficácia das instituições e ao crescimento econômico, ou seja, em favor do reconhecimento de alguma doutrina filosófica, moral ou religiosa. Nesse sentido, o autor entende que “[...] uma liberdade básica só pode ser limitada ou negada a fim de salvaguardar uma ou várias das outras liberdades básicas” (Rawls, 2008, p. 150).

Portanto, para o autor, é importante respeitar e preservar as liberdades dos indivíduos, conferindo-lhes o *status* de um dos mais relevantes bens primários.

Ademais, os casos em que Rawls determina como liberdade desigual é justamente para priorizar a eficiência da Justiça nas classes menos favorecidas.

John Rawls estabelece cinco categorias de bens primários, quais sejam:

(...) liberdades básicas, nas quais se incluem, entre outras, a liberdade de pensamento e a liberdade de consciência; a liberdade de movimento e a livre escolha de ocupação, a permitir a todos perseguir qualquer meta, bem como desistir, tentar de novo, mudar de ideia (...); os poderes e as prerrogativas das funções e dos postos

de responsabilidade; a renda e a riqueza e, por fim, as bases sociais do respeito próprio. (RAWLS, 2000, p. 164)

Mais adiante, o referido autor enfatiza a necessidade da utilização do véu da ignorância para permitir que fossem determinados os bens essenciais no intuito de atender as demais necessidades da sociedade:

(...) aqui devo voltar-me para as considerações que fazem agir os parceiros na posição original. É claro que a sua meta de conjunto é assumir sua responsabilidade e fazer o melhor possível para avançar o bem determinado das pessoas que representam. O problema reside no seguinte: dadas as restrições impostas pelo véu da ignorância, pode parecer impossível que os parceiros estabeleçam o que é o bem para essas pessoas e que, portanto, produzam um acordo racional em seu nome. Para resolver esse problema, introduzimos a ideia de bens primários e enumeramos uma lista dos diversos elementos que entram sob essa designação. A ideia principal é a de que se distingam os bens primários dos outros procurando quais são os bens geralmente necessários como condições sociais e como meios polivalentes que permitam às pessoas buscar suas concepções determinadas do bem e desenvolver e exercer suas duas faculdades morais. Aqui, devemos interessar-nos pelas necessidades sociais e pelas circunstâncias normais da vida humana numa sociedade democrática. (RAWLS, 2000, p.165)

Cabe ressaltar que os bens primários estabelecidos por Rawls dedicam tanto a liberdade e aos direitos fundamentais, como também a dignidade da pessoa humana. Através dos princípios básicos estabelecidos por Rawls, tem-se a formulação dos bens primários que servem de base para a manutenção do Estado democrático, de forma que atenderá aos interesses e necessidades da sociedade, ainda que seus membros estejam em classes desiguais.

Destarte, a Teoria da Justiça de John Rawls foi fundamental para demonstrar a necessidade de se estabelecer critérios para definição de justiça, além de propor a prevalência dos princípios da igualdade e da liberdade como bases para a inclusão e manutenção dos direitos fundamentais.

4. Reflexões sobre os direitos fundamentais

O surgimento e a consolidação de alguns dos direitos fundamentais iniciaram-se ao final do século 18, durante o período da era cristã, e ao longo dos anos foram reformulados e discutidos até os dias atuais.

As reviravoltas mundiais, ocorridas durante os períodos das revoluções americana e francesa, instituíram a ideia de constitucionalismo, estabelecendo direitos essenciais que seriam protegidos pelo próprio Estado.

Ao mencionar sobre os direitos fundamentais nas revoluções francesa e americana, Sarlet afirma que:

(...) a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pela suas antecessoras inglesas do século XVII, (...). Com a nota distintiva da supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que este status constitucional da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791, mais exatamente, a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa. (SARLET, 2009, p.43)

Ou seja, o surgimento dos direitos fundamentais estaria relacionado ao direito natural, em que se baseiam os direitos considerados mínimos, dentro de valores éticos e morais, podendo ser inseridos nas constituições de cada país, como pode ser visto na Constituição de 1824, que serviu de marco no que se refere a inserção dos direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio.

Como pode ser extraído da explicação de Sarlet, percebe-se que os direitos surgem com a evolução da sociedade. Por este motivo, a revolução francesa foram um dos grandes marcos da história que serviram de base para a proteção dos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade entre os povos da sociedade.

Para Feliciano de Carvalho:

Os direitos fundamentais são dotados, todos eles, de notável carga valorativa, daí a proteção especial que recebem no âmbito internacional sobre a roupagem de direitos humanos e no âmbito interno dos Estados como cláusulas pétreas. Vários bens jurídicos podem ser objeto da proteção normativa dos direitos fundamentais, como a

propriedade e a intimidade, por exemplo. O rol de tais direitos trata-se, em verdade, de uma lista aberta de bens jurídicos que serão, de certo modo, relativos à cultura e à história de determinada sociedade, no entanto a liberdade, a igualdade e a dignidade são elementos universais. (CARVALHO, 2014, p.52)

Os direitos fundamentais devem ser previstos nas constituições como garantias essenciais a todos, sendo consideradas como cláusulas pétreas. Estes bens jurídicos devem ser tutelados pelo Estado visando assegurar os ideais de liberdade, igualdade e dignidade humana. Acerca destes bens jurídicos, considerados como valores essenciais, Carvalho tem o seguinte entendimento:

A abertura do rol dos direitos fundamentais à medida que permite a evolução da sociedade para incorporar no seu modelo jurídico, novos valores tidos como essenciais, traz o problema de permitir uma banalização do termo, uma vez que várias correntes sociais procuram inserir nesse status os direitos dos seus respectivos interesses, no evidente intuito de blindagem suas aspirações da mutação constitucional ou de interferências legislativas, haja vista que, como fundamental, o Direito em si seria uma cláusula pétrea. (CARVALHO, 2014, p. 53)

Se os direitos fundamentais evoluem de acordo com a evolução da sociedade, resta claro que a Constituição Federal de 1988, ao atribuir os direitos fundamentais previstos no art. 5º, permite a inclusão de bens jurídicos fundamentais, como se a própria constituição não tivesse esgotado todos os direitos fundamentais, mas sim, resguardados aqueles em que a sociedade manifesta necessidade no estágio de evolução atual.

O § 2º, do art. 5º da CF/88, contém a seguinte redação: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

Neste sentido, pode-se compreender que a própria Constituição Federal permite a inclusão de novas garantias fundamentais, que ainda não estejam inseridas no texto constitucional com o objetivo de resguardar os interesses e os direitos da sociedade que vive em constante evolução.

Desta forma, os valores protegidos como direitos fundamentais, visam assegurar não só os direitos nos quais estão inseridos como também permite a inclusão de outros valores e outros direitos, que evoluem ao longo das gerações, na prerrogativa de se proteger os ideais de

igualdade, liberdade e fraternidade. Estes ideais também podem ser extraídos dos princípios básicos, estabelecidos na Teoria da Justiça de John Rawls, conforme se pode ver a seguir.

4.1 A análise de John Rawls sobre os direitos fundamentais na Teoria da Justiça

Conforme já explicitado neste artigo, a Teoria da Justiça de John Rawls estabelece dois princípios fundamentais que são o direito de liberdade a todos, de forma igual, e o direito de conceder tratamento diferenciado, desde que seja em benefício das classes menos favorecidas, no intuito de promover a equidade em toda a sociedade.

Ao analisar estes princípios básicos consegue-se retirar a base dos direitos fundamentais, nos quais se têm o direito de igualdade e de liberdade, protegidos como garantias fundamentais que preconizam a dignidade da pessoa humana.

Além dos ideais de igualdade e liberdade, John Rawls também se preocupa em proteger as classes menos favorecidas, permitindo o tratamento diferenciado para aqueles indivíduos que se encontram em situação desigual. Neste sentido, a Teoria de Justiça de Rawls serve de parâmetro para a formação de um Estado Democrático de Direito, em que se priorizam os valores de igualdade e liberdade como fatores essenciais em qualquer texto constitucional.

Acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais dentro de um Estado Democrático de Direito, Sarlet tem o seguinte entendimento:

(...) há como sustentar que, além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da humana, bem como valores da igualdade, liberdade e Justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente. (SARLET, 2009, pag.62)

Neste sentido, percebe-se que os direitos fundamentais, relativos à liberdade, igualdade e fraternidade, apesar de previstos nas constituições consideradas democráticas, são, claramente, direitos essenciais que servem de fundamento para a própria Constituição.

Desta forma, a Teoria da Justiça de Rawls acaba servindo de base e fundamentação para a existência e prevalência de garantias fundamentais na Constituição. Os princípios básicos de Justiça, explicitados na teoria de Rawls priorizam os valores essenciais, dando ênfase nos direitos fundamentais, que são estabelecidos dentro de um Estado Democrático de Direito.

Ao comentar sobre o surgimento de uma Constituição pautada na existência de garantias fundamentais, Carvalho sustenta que:

É possível inclusive deduzir que John Rawls respondeu à crítica mais contundente que recaiu sobre a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen quando este fundamentou toda a ordem jurídica a partir de uma norma fundamental hipotética e da qual surgiria a Constituição. Realmente, não seria um direito pressuposto e hipotético que fundamentaria o texto constitucional, mas princípios básicos, tal como intuídos por Rawls, que trazem em si os valores essenciais dos direitos fundamentais, quais sejam, a liberdade e a igualdade. Desta forma, quando um texto constitucional consagra esses direitos num rol de direitos fundamentais, o constituinte não criou ou os estabeleceu, mas simplesmente os declarou, na medida em que eles seriam fundamento do próprio poder constituinte originário. Em síntese, a norma fundamental hipotética seria os princípios de Justiça de Rawls. (CARVALHO, 2014, pag.56-57)

Neste diapasão cumpre frisar que John Rawls prioriza a liberdade, pois por meio desta liberdade é que a sociedade passa a ter a proteção dos demais direitos, como se a liberdade fosse uma garantia pressuposta as demais garantias e princípios fundamentais, atrelados a dignidade da pessoa humana.

É importante frisar que quando se fala em priorizar a liberdade como um valor essencial não se quer dizer que seria uma espécie de liberdade de caráter individual, mas sim uma liberdade social, voltada para os interesses de uma coletividade que possui valores comuns.

Neste mesmo entendimento, Feliciano de Carvalho afirma que:

Ao se realçar a liberdade e a igualdade como direitos fundamentais matrizes, não é uma diminuição em relação a tais direitos da vida e da dignidade. Estes últimos são verdadeiros atributos da entidade humana, de sorte que seriam condições sem as quais não se poderia falar em liberdade ou em igualdade. As pessoas devem ser livres para serem felizes em sociedade, pois como ser político, o ser humano precisa do seu semelhante para viver, e não pode ser admitida a opressão entre os semelhantes, pois significaria uma ofensa à liberdade e à igualdade. (CARVALHO, 2014, pag.57)

Assim, os valores essenciais de liberdade e igualdade devem ser vistos como direitos fundamentais baseados nos ideais de justiça social, em que o direito a existência de uma vida digna devem prevalecer em toda e qualquer situação.

5 Conclusão

Percebe-se que a Teoria da Justiça instituída por John Rawls enfatiza os princípios de Justiça além de prevalecer os direitos e garantias fundamentais, nos quais os valores de igualdade e liberdade são considerados como as bases que sustentam os demais direitos previstos nas constituições democráticas.

A Teoria de Rawls pode ser considerada como um marco teórico dos valores essenciais da justiça em que se asseguram os direitos fundamentais, priorizando o direito a liberdade e a igualdade. Esta construção teórica serviu de base para diversas constituições, sendo possível afirmar que os direitos fundamentais são requisitos do próprio poder originário, também definido por muitos como poder constituinte originário.

O desenvolvimento da Teoria de John Rawls pode ser visto em ordenamentos que adotam o Estado Democrático de Direito, cujo Estado prioriza o progresso de sua civilização, através de um ordenamento jurídico pautado nos direitos fundamentais.

Quando se dá a cada um aquilo que lhe é devido, sem prejudicar outrem, está sendo observada a Teoria da Justiça de John Rawls, onde os direitos fundamentais são de todos e para todos. Os critérios de justiça devem ser observados sob o enfoque dos direitos considerados essenciais, ou seja, os direitos resguardados como bens primários cujos valores

são considerados fundamentais tanto do ponto de vista jurídico, como do ponto de vista social.

Os princípios da liberdade e da igualdade, considerados como princípios da Justiça, formulados John Rawls, também são considerados como os direitos fundamentais básicos e que devem ser aplicados em qualquer ordenamento jurídico.

Cabe ressaltar que o princípio da liberdade não se limita apenas ao direito de ir e vir, mas também, está relacionado ao direito de liberdade de expressão e de pensamento, como pode ser visto nas garantias constitucionais estabelecidas no art.5 da CF/88.

Com relação ao princípio da igualdade, este não deve ser visto apenas como o direito de ser tratado de forma igual, mas sim o direito de obter oportunidades semelhantes sem discriminação de qualquer gênero.

Na segunda fase da Teoria da Justiça, Rawls chega a conclusão que os parceiros da posição original que ficaram submetidos ao véu da ignorância acabam caminhando para a criação e evolução dos princípios da igualdade e da liberdade, tornando uma sociedade mais unida e tolerante com as questões humanas.

Cabe ressaltar que os bens primários estabelecidos por Rawls dedicam tanto a liberdade e aos direitos fundamentais, como também a dignidade da pessoa humana. Através dos princípios básicos estabelecidos por Rawls, tem-se a formulação dos bens primários que servem de base para a manutenção do Estado democrático, de forma que atenderá aos interesses e necessidades da sociedade, ainda que seus membros estejam em classes desiguais.

Além dos ideais de igualdade e liberdade, John Rawls também se preocupa em proteger as classes menos favorecidas, permitindo o tratamento diferenciado para aqueles indivíduos que se encontram em situação desigual. Ademais, a Teoria de Justiça de Rawls serve de parâmetro para a formação de um Estado Democrático de Direito, em que se priorizam os valores de igualdade e liberdade como fatores essenciais em qualquer texto constitucional.

Neste sentido, percebe-se que os direitos fundamentais, relativos à liberdade, igualdade e fraternidade, apesar de previstos nas constituições consideradas democráticas, são, claramente, direitos essenciais que servem de fundamento para a própria Constituição.

Desta forma, a Teoria da Justiça de Rawls se apresenta como base e contribui na fundamentação para a existência e prevalência das garantias fundamentais, previstas nas constituições democráticas. Assim, os princípios básicos de Justiça, explicitados na teoria da Justiça de Rawls priorizam os valores essenciais, conferindo ênfase nos direitos fundamentais, que são estabelecidos dentro de um Estado Democrático de Direito.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 16 de junho de 2016.

CARVALHO, Feliciano de. **A Teoria da Justiça de Rawls como uma teoria de direitos fundamentais**. Artigo disponível no site: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/3072/3433>. Acesso em 14 de junho de 2016.

MONCADA, Luís Cabral de. **Filosofia do direito e do estado**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. V. 2.

OUTEIRO, Gabriel Moraes de. **A justiça como equidade de Rawls e o direito à moradia: o princípio da diferença como fundamento da justiça distributiva espacial**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n.134, março 2015. Artigo disponível no site: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15864 Acesso em: 12 de junho de 2016.

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

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. Trad. de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SIQUEIRA, Fernanda Duarte Lopes da. **Fundamentando os direitos humanos: um breve inventário**. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.