XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA

FEDERICO LOSURDO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 Naspolini 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 da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Federico Losurdo, José Renato Gaziero Cella – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-379-5
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. Justiça. 3. Decisão. 4. Argumentação Jurídica. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

No XXV Congresso do CONPEDI, realizado de 07 a 10 dezembro de 2016, que teve lugar na UNICURITIBA, em Curitiba-PR, o Grupo de Trabalho - GT "Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica" se destacou no evento não apenas pela qualidade dos trabalhos apresentados, mas pelo numeroso público, composto por pesquisadores-expositores e interessados, que deixou a sala repleta até o término das atividades. Foram apresentados 22 artigos objeto de um intenso debate presidido pelos coordenadores e acompanhado pela participação instigante do público presente.

Esse fato demonstra a inquietude que o tema desperta na seara jurídica. Cientes desse fato, os programas de pós-graduação em Direito empreendem um diálogo que suscita a interdisciplinaridade na pesquisa e se propõe a enfrentar os desafios que os temas do GT impõem ao Direito. Para apresentar e discutir os trabalhos produzidos sob essa perspectiva, os coordenadores do grupo de trabalho dividiram os artigos em blocos, que se congregam nesta coletânea.

Os artigos que ora são apresentados ao público têm a finalidade de fomentar a pesquisa e fortalecer o diálogo interdisciplinar em torno dos temas da justiça, da decisão e da argumentação. Trazem consigo, ainda, a expectativa de contribuir para os avanços do estudo desse tema no âmbito da pós-graduação em Direito brasileira, apresentando respostas para uma realidade que se mostra em constante transformação.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella - IMED

Prof. Dr. Federico Losurdo - UFMA

A BALANÇA E O VÉU: A TEORIA DE JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS APLICADA AOS DIREITOS SOCIAIS

THE BALANCE AND THE VEIL: THE JUSTICE AS FAIRNESS APPLICABLE TO SOCIAL RIGHTS

Thiago Lima Carneiro [1]
Karina da Silva Meneses [2]

Resumo

O presente artigo tem como propósito apresentar a teoria da justiça defendida por John Rawls em "Uma teoria da justiça" e a aplicabilidade desta teoria como retificadora das desigualdades sociais. Para tanto, o texto estrutura-se em duas partes: a primeira delas visa situar o leitor quanto à teoria de justiça como equidade de Rawls, perpassando pelos conceitos de posição original, princípios basilares das instituições e consenso sobreposto; a segunda propõe o modo como a teoria se adequa ao conceito de direitos sociais e analisa de que modo poderia ser apresentada pelo Estado.

Palavras-chave: John rawls, Justiça como equidade, Direitos sociais

Abstract/Resumen/Résumé

The present article has as goal to present the theory of justice defended by John Rawls on "A Theory of Justice" and the applicability of this theory as social inequality rectifier. For that, the text structures itself in two parts: the first of them aims to situate the reader about Rawls' theory of justice as equality, permeating the concepts of original position, base principles of institutions and overlapped consent. The second one proposes the way the theory fits the concept of social rights and analyzes which way it could be presented by the Government.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: John rawls, Justice as fairness, Social rights

[1] Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Pará-CESUPA

[2] Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Pós-graduada em Advocacia Trabalhista pela UNIDERP. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Pará - CESUPA

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em uma sociedade plural como a desfrutada hodiernamente, são várias as formas de conceber o justo. Para os Utilistaristas, corrente defendida por John Stuart Mill e Jeremy Bentham, a "maior felicidade" em âmbito social perfazia o ideal de justiça. Para os Libertários, tomando como referencial Robert Nozick, a justiça se apresenta através dos princípios de titularidade de aquisição, na transferência e reparação da titularidade injusta, ou seja, a intervenção estatal só se justificaria para retificar "propriedade" injusta. Não se justificaria o repasse de verbas para a distribuição, pois o indivíduo que laborou por X, tem direito a usufruir de X, e retirar Y de seu patrimônio "sem sua prévia anuência" corresponderia a um vilipêndio de sua liberdade.

Data vênia as supracitadas teorias, optou-se pelo ideal teórico de justiça defendido por John Rawls, o liberalismo de princípios. A justificação pela escolha se dá em decorrência da linha argumentativa abordada pelo autor no livro *Uma Teoria da Justiça*. Nesta obra o autor defende a necessidade de um Estado que se proporá a regular a sociedade por meio de dois princípios basilares: liberdade e igualdade. Não se pretende com isso partilhar de ideais socialistas de que a distribuição de bens dar-se-á por igual, porém, propõe uma sociedade na qual todos sejam livres e tenham condições mínimas de executar os seus planos de vida e, para tanto, Rawls alvitra a redistribuição de renda de modo que seja garantido um mínimo existencial a todos os indivíduos, que não pode ser transposto em detrimento do benefício social (algo que o utilitarismo admoestaria).

Parece-nos, então, mais aprazível que em uma sociedade que preza pela justiça os planos de uns não fiquem sobrestados em detrimento dos planos de outros ou, ainda, que alguns não consigam sequer perseguir seus propósitos de vida, pois não dispõem nem de um mínimo possível para isso. Deste modo, o liberalismo de princípios, defendido por Ralws, surge como um ponto de equilíbrio entre as teorias citadas e por isso foi adotado no presente artigo.

A finalidade é elucidar de que forma a teoria da justiça defendida por Rawls justificaria os direitos sociais, previstos na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 de maneira genérica em seu artigo 6º, e que fatores são necessários para sua conjugação.

Assim, o trabalho se apresenta dividido em dois tópicos: a concepção da justiça como equidade, para John Rawls e a aplicabilidade da teoria de Rawls aos direitos sociais. A primeira parte deste artigo visa situar o leitor quanto a teoria de justiça aqui defendida e para tanto apresenta os principais conceitos introduzidos pelo retro mencionado autor.

A segunda parte da obra se destina a compreensão dos direitos sociais e de como a teoria de Rawls sustentaria esses direitos em justa medida, pois ainda que a igualdade esteja prevista em seio constitucional, seu alcance factual parece-nos uma realidade distante. Por dependerem de atuação estatal, os direitos sociais necessitam de um modelo de sociedade justa para se apresentarem com proficiência e, em Rawls, encontrarão guarida.

Por fim, no atinente às fases da pesquisa, esta se desenvolveu essencialmente por meio de levantamento bibliográfico pertinente ao tema, a fim de reunir os elementos e entendimentos aplicáveis para a formação de convicção e esclarecimentos necessários.

2 CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA COMO EQUIDADE, PARA JOHN RAWLS

Antes de adentrar na aplicabilidade da justiça como equidade aos direitos sociais, faz-se mister elucidar a compreensão do que se pretende abordar *a posteriori*, apresentando, em linhas gerais, a teoria da justiça defendida por John Rawls e sua contribuição filosófica para os direitos de retro citados.

Rawls (2008, p. 4) afirma a justiça como sendo a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Alude que por mais elegante que seja, uma teoria inverídica deve ser rechaçada. Neste interim, instituições e leis injustas devem ser reformuladas ou abolidas. O autor salienta que, por serem virtudes primeiras da atividade humana, a verdade e a justiça não toleram compromissos.

Embora a sociedade seja um empreendimento cooperativo, os indivíduos que a compõem possuem interesses conflitantes, por isso é necessário estabelecer de que modo organizar-se-ão em comunidade. Para tanto, Rawls introduz uma teria de justiça.

Tal teoria é proposta tendo em vista uma sociedade bem-ordenada, ou seja, uma sociedade efetivamente regulada por uma concepção pública e política de justiça. Em outros termos, ainda que possuam propósitos e objetivos díspares de vida, aceitam os mesmos princípios de justiça, o que gera vínculos da amizade cívica, porquanto o desejo geral de justiça impõe limite a busca de outros fins.

Além disso, o autor vaticina que numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual devem ser invioláveis, e os direitos assegurados pela justiça não devem se curvar as negociações políticas, nem a cálculo de interesses escusos.

Rawls preleciona que há a necessidade do estabelecimento de princípios, que são intitulados como “princípios da justiça social”, que determinam a divisão das vantagens entre as pessoas que integram o sistema cooperativo, pois, os interesses individuais poderiam afetar a distribuição do produto social. Neste sentido, a fim de assegurar uma partilha correta, é

imperioso determinar de forma clara os princípios de justiça que seriam escolhidos no que o autor denomina de "posição originária":

> Há a necessidade de um conjunto de princípios para escolher entre os diversos modos de organização social que definem essa divisão de vantagens e para selar um acordo acerca das parcelas distributivas apropriadas. Esses princípios são os princípios da justiça social: são um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios. (RAWLS, 2008, p. 5).

O papel desses princípios é regular, orientar e ordenar a constituição política e as opções acerca dos elementos principais do sistema econômico e social, que viabilizarão a correta partilha dos benefícios da cooperação social. Para compreender a justiça como equidade, três conceitos são essenciais: a posição original, princípios da justiça e consenso sobreposto.

2.1 A POSIÇÃO ORIGINAL

O que Rawls denomina como "posição original" corresponde ao "*status quo* inicial apropriado a garantir que os acordos nele alcançados sejam equitativos" (RAWLS, 2008, p.21). De acordo com Oliveira e Alves (2010, p.30):

> O objetivo do autor ao introduzir tal conceito é descobrir quais princípios podem ordenar de forma adequada e racional o acesso de todos a todos os bens, e ao mesmo tempo, possibilitar a realização da igualdade e da liberdade, considerando a sociedade formada por cidadãos livres e iguais. Na posição original, é possível construir um pacto firmado de maneira livre entre pessoas que trazem consigo diferenças e interesses e que são capazes de abstraí-los a fim de que o acordo permita que todos sejam contemplados em seus objetivos. (OLIVEIRA; ALVES, 2010, p. 30)

Neste ínterim, a posição original faz menção ao estado de natureza, no qual os indivíduos, ante a necessidade de subsistência, se obrigam a reconhecer direitos recíprocos. De acordo com Maria Barros (2007, p. 47):

> A ideia da justiça como equidade pressupõe que os princípios da justiça constituem um acordo original em uma situação original definida adequadamente. Numa determinada situação de igualdade pessoas racionais aceitariam promover seus interesses, a fim de determinar os termos básicos de tal associação. Um acordo baseado nesses princípios seria a melhor maneira para a pessoa assegurar seus objetivos, em vista das alternativas disponíveis. (BARROS, 2007, p. 47)

No "estado de natureza" proposto por Rawls, o pacto que se estabelece considera que todos os indivíduos sejam igualmente racionais e reciprocamente interessados, quando da elaboração dos princípios de justiça que servirão de base para o ordenamento social.

Para que haja consenso entre os que se encontram na posição original, hipoteticamente posta por Rawls, para os fins da teoria da justiça, é preciso a conjunção de determinadas condições, quais sejam: ninguém deve ser favorecido ou desfavorecido pelo acaso ou circunstâncias sociais na escolha dos princípios; impossibilidade de adaptar os princípios às circunstâncias de casos pessoais; determinadas inclinações e aspirações e concepções individuais do bem não devem influenciar os princípios adotados.

A adoção destes fatores se dá com o objetivo de "excluir os princípios que seria racional alguém propor para aceitação, por menor que fosse a possibilidade de de êxito, se essa pessoa conhecesse certos fatores que, do ponto de vista da justiça, são irrelevantes" (RAWLS, 2008, p. 22).

Exclui-se o conhecimento dessas contingências quando se ingressa na posição original, pois o método pressupõe que os indivíduos se encontrem anteriores à quadratura que os norteia. Neste sentido Oliveira e Alves (2010, p. 31):

> Em Rawls, por meio da ideia de posição original, os indivíduos encontram-se anteriores à situação real em que vivem, estando isentos das influências das instituições nas quais foram formados. Assim, é possível estabelecer entre os envolvidos na elaboração dos princípios da justiça, termos equitativos de cooperação, capazes de promover benefícios recíprocos, uma vez que nenhum dos indivíduos que estão decidindo têm informações a respeito do lugar que ocupam na sociedade, nem mesmo conhecimentos sobre sua religião, classe e família. (OLIVEIRA; ALVES, 2010, p. 31)

O intuito é que se estabeleça a escolha dos princípios da justiça de modo imparcial, concebida por uma sociedade cooperativa de indivíduos iguais. Para Rawls (2008, p. 23), as partes na situação original são iguais, possuindo os mesmos direitos no processo de escolha dos princípios. Todos podem apresentar propostas, razões para sua aceitação.

A fim de se estabelecer os princípios supracitados de modo imparcial, o autor introduz a ideia de véu de ignorância, a fim de evitar que as contingências sociais sejam um entrave aos resultados distributivos. O véu da ignorância se traduz em um elemento que visa ocultar dos responsáveis pela escolha dos princípios o seu lugar social, sua posição de classe, dotes e habilidades, força e inteligência. O objetivo é despir os autores da escolha dos planos de vida que irão perseguir, para que suas escolham sejam as mais justas possíveis, ante ao desconhecimento de sua posição político-econômica e social.

De acordo com Maria Barros (2007, p. 51):

> A busca de princípios justos com base na ideia da posição original visa adotar a noção de justiça procedimental pura, como fundamento da teoria. Tirando os homens da situação de disputa e os colocando em circunstâncias naturais e sociais eles terão e seus benefícios assegurados. O véu de ignorância fica a frente das partes consideradas, não conhecendo as

> contingências que as colocam em oposição. O que se sabe é que a sociedade está sujeita às circunstâncias da justiça. As circunstâncias da justiça são as condições normais sob as quais a cooperação é tanto possível quanto necessária. Ou seja, embora uma sociedade seja um empreendimento cooperativo para a vantagem mútua, ela é tipicamente marcada por um conflito e ao mesmo tempo por uma identidade de interesses. Mas as partes conhecem os fatos genéricos sobre a sociedade, entendem as relações políticas e os princípios da teoria econômica, como também conhecem a base da organização social e as leis que regem a psicologia humana. (BARROS, 2007, p. 51).

A equidade se perfaz através do véu da ignorância pois, não sabendo seu lugar na sociedade, as partes tenderão a fazer escolhas as mais justas possíveis, tendo em conta que ao se despirem do véu poderão não se encontrar em uma posição social elevada. Rawls (2008, p. 165-166) aduz:

> A ideia de uma posição original é configurar um procedimento equitativo, de modo que quaisquer princípios acordados nessa posição sejam justos. O objetivo é usar a ideia de justiça procedimental pura como fundamento da teoria. Devemos, de algum modo, anular as consequências de contingências específicas que geram discórdia entre os homens, tentando-os a explorar as circunstâncias sociais e naturais em benefício próprio. Para fazê-lo, presumo que as partes se situam por trás de um véu de ignorância. Elas desconhecem as consequências que as diversas alternativas podem ter sobre a situação de casa qual e são obrigadas a avaliar os princípios apenas com base em ponderações gerias. (RAWLS, 2008, p. 165-166).

Assim, a posição original pode ser entendida como um ambiente hipotético no qual homens livres e racionais escolherão os princípios de justiça adequados a reger as instituições sociais. A feitura dessas escolhas se dará através do véu da ignorância, a fim de garantir a justeza das decisões. Gargarella (2008, p. 21) sintetiza com precisão:

> A situação hipotética que Rawls supõe tende a refletir sua intuição de que a escolha de princípios morais não pode estar subordinada a nossas situações particulares. Para impedir a influência indevida das circunstâncias próprias de cada um, Rawls imagina uma discussão realizada por indivíduos racionais e interessados em si mesmos, que se propõem eleger – por unanimidade, e depois de deliberar entre eles – os princípios sociais que deverão organizar a sociedade. Os sujeitos que Rawls imagina surgem afetados por uma circunstância particular. Ocorre que estão sob um "véu de ignorância, que os impede de conhece qual é a sua classe ou o seu *status* social [...]. Por outro lado, esse "véu" não os impede de reconhecer certas proposições gerais, tais como as descobertas básicas que as ciências sociais fizeram em matéria de economia, psicologia social etc. (GARGARELLA, 2008, p. 21).

Na posição original serão escolhidos os princípios da justiça que servirão de base para a condução da sociedade.

2.2 OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA PARA AS INSTITUIÇÕES: LIBERDADE E IGUALDADE

Rawls apresenta sua teoria da justiça de forma bipartida, oferecendo uma situação inicial e uma formulação dos princípios disponíveis para escolha e um argumento que demonstre quais desses princípios efetivamente poderiam ser adotados.

Para efeito de elucidação do objeto deste artigo, ater-nos-emos aos princípios de justiça aplicáveis às instituições, pois é a partir destas que perquiriremos os direitos sociais aplicáveis pela teoria de Rawls.

O objeto dos princípios de justiça social é a estrutura básica da sociedade, a organização das principais instituições sociais em um esquema único de cooperação (RAWLS, 2008, p. 65), no qual, os princípios regerão a atribuição de direitos e deveres dentro das instituições e definirão a distribuição apropriada de benefícios e encargos da vida social.

> Os princípios buscam dar sustentação à estrutura básica da sociedade, ordenando as instituições num esquema de cooperação. As instituições, por sua vez, devem intervir no social: o compromisso com o desenvolvimento e a melhoria do sistema de cooperação social são horizontes possíveis a ser buscados pelas mesmas, com o intuito de eliminar as iniquidades presentes na sociedade e de ordenar racionalmente a distribuição de todos os bens. (OLIVEIRA; ALVES, 2010, p. 32- 33).

Como instituições entenda-se sistema público de normas as quais definem cargos e funções com os seus direitos e deveres, poderes e imunidades. Essas normas especificam as condutas permissíveis e proibidas, estipulam penalidades e defesas face a uma transgressão. As instituições existem em determinado momento e local e são regulamentadas de acordo com o entendimento público de que se deve subserviência ao sistema de normas que a define. Maria Barros (2007, p. 58) expõe:

> Os princípios da justiça originam deveres e obrigações, além de satisfazerem a estrutura básica da sociedade; as instituições de uma democracia constitucional fazem parte dessa estrutura. Levando-se em conta as formas institucionais, os princípios da justiça definem uma concepção política viável e constituem uma aproximação razoável de nossos juízos ponderados. (BARROS, 2007, p. 58).

O autor vaticina então, que princípios de justiça devem ser aplicáveis às instituições na posição original. O primeiro deles preleciona que “cada pessoa deve ter direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de outras pessoas” (RAWLS, 2008, p. 73). Essas liberdades referem-se à liberdade política e à liberdade da pessoa. A Constituição e as leis devem garantir o gozo dessas liberdades. De acordo com Oliveira e Alves (2010, p. 33):

> A liberdade deve ser defendida por meio de um sistema de regras que garante o máximo de liberdade e expressão de si. Numa sociedade pluralista, onde o modo de ver e conceber a realidade varia de acordo com os interesses pessoais implicados nas relações que se estabelecem, é necessário que a

> Constituição seja o referencial para manter a ordem e garantir ao mesmo tempo, a todas as pessoas, o igual direito a um projeto satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos. (OLIVEIRA; ALVES, 2010, p. 33).

As liberdades básicas devem ser protegidas pelo Estado de Direito, sem que seja atribuída prioridade a alguma liberdade específica. Rawls (2000, p. 145) prognostica que "não se atribui prioridade alguma à liberdade como tal; se assim o fosse, o exercício de uma coisa chamada "liberdade" teria um valor preeminente e seria a meta principal, se não a única, da justiça social e política". Para Gargarella (2008, p.25):

> O primeiro dos princípios enunciados parece um derivado natural do pressuposto segundo o qual os agentes que participam da "posição original" desconhecem os dados vinculados a sua própria concepção do bem. A ignorância dessas questões vai leva-los a se preocupar com o direito à liberdade em sentido amplo: tais agentes estarão interessados em que, seja qual for a concepção do bem que acabem adotando, as instituições básicas da sociedade não os prejudiquem ou os discriminem. (GARGARELLA, 2008, p. 25).

O segundo princípio explana que "as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos" (RAWLS, 2008, p. 73). Este princípio se mostra vinculado à ideia de igualdade. "E, se aquele parecia resultar do desconhecimento de cada um quanto a sua concepção do bem, este parece derivar da ignorância de dados, tais como a posição social e econômica, ou os talentos de cada um" (GARGARELLA, 2008, p. 25). De acordo com Pinheiro (2013, p. 102):

> O segundo postulado de Rawls pressupõe igualdade de condições − ou como Barcellos (2011, p. 148) denomina "posição equitativa de oportunidades" − é um conjunto de condições materiais mínimas que Rawls reconhece como pressuposto não apenas do princípio da diferença, mas também do primeiro princípio, o da liberdade, pois a falta de mínimo existencial torna inviável o gozo das liberdades asseguradas pelo ordenamento jurídico. (PINHEIRO, 2013, p. 102).

O segundo princípio se aplica à distribuição de renda e riqueza e à estrutura básica de organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e responsabilidade. Rawls salienta que (2008, p. 74):

> Embora a distribuição de riqueza e de renda não precise ser igual, deve ser vantajosa para todos e, ao mesmo tempo, os cargos de autoridade e responsabilidade devem ser acessíveis a todos. Aplica-se este princípio mantendo-se abertos os cargos e, depois, dentro desse limite, dispondo as desigualdades sociais e econômicas de modo que todos se beneficiem. (RAWLS, 2008, p. 74).

Esses princípios devem ser aplicados numa ordem serial, o primeiro sendo prioritário do segundo. Gargarella (2008, p. 26) adiciona que os dois princípios de justiça enunciados estão organizados, segundo Rawls, em uma ordem de "prioridade lexicográfica". Segundo essa regra de prioridade, a liberdade não pode ser limitada para a obtenção de maiores vantagens sociais e econômicas, mas apenas no caso de entrar em conflito com outras liberdades básicas. Isso importa que a violação das iguais liberdades fundamentais protegidas pelo primeiro princípio não pode ser justificada ou compensada pelas maiores vantagens sociais e econômicas.

> A segunda regra de prioridade estabelece o primado da justiça sobre a eficácia e o bem-estar. Trata-se de afirmar, em primeiro lugar, que a globalidade do segundo princípio tem precedência sobre o princípio da eficiência e sobre a ideia de maximizar o conjunto das vantagens na sociedade. Em segundo lugar, dentro do segundo princípio, o princípio da igualdade equitativa de oportunidades tem prioridade sobre o princípio do maior benefício para os menos favorecidos (conhecido como princípio da diferença), significando isso que uma desigualdade de oportunidades deve fazer aumentar as chances dos que têm menos oportunidades. Sendo assim, na perspectiva de Rawls, as desigualdades presentes na realidade da sociedade são consideradas para pensar a igualdade de oportunidades, ou seja, os cargos e posições estão abertos a todos, e pensando em uma organização social justa, as expectativas dos menos favorecidos são priorizadas. (ALVES; OLIVEIRA, 2010, p. 34).

Rawls, conquanto traduza como princípio fundamental de justiça a igualdade, não pressupõe uma igualdade material plena, pois propugna que as desigualdades são admitidas como constitutivas da sociedade. O principio da diferença propõe a superação de uma ideia de justiça distributiva, na qual cada um obtém o que é justo se os benefícios ou posições em questão também forem acessíveis aos demais. Porquanto, Gargarella vaticina (2008, p. 25) ainda que uns indivíduos possuam maiores capacidades que outros, aqueles não merecem mais seus talentos ou capacidades do que esses. Por isso a mera igualdade de oportunidades não satisfaz os anseios de justiça. As maiores vantagens, dos mais beneficiados pela loteria natural, só serão justificáveis se elas fazem parte de um esquema que melhora as expectativas dos membros menos favorecidos da sociedade.

Assim, as admoestações à igualdade, somente serão permitidas se servirem para incrementar recursos aos menos favorecidos, e não para os diminuí-los, sendo injustas quando não servirem para o benefício de todos, e sim como mecanismo de exclusão e opressão.

2.3 O CONSENSO SOBREPOSTO

Em uma sociedade organizada é preciso que haja um consenso que garanta a estabilidade das instituições. A sociedade necessita de um senso público de justiça para sua

regulação. Para tanto, Rawls propõe "superar os desacordos entre a multiplicidade de doutrinas existentes, estar baseado em ideias implícitas na cultura política de uma sociedade democrática" (GARGARELLA, 2008, p. 231). O autor introduz, então, o conceito de consenso sobreposto, que tem por escopo que concepções abrangentes razoáveis e opostas coadunem-se em certos acordos básicos. De acordo com Alves e Oliveira (2010, p. 34):

> Com o objetivo de garantir a justiça e a estabilidade das sociedades democráticas que se caracterizam pelo pluralismo, Rawls introduz o conceito consenso sobreposto (*overlapping consensus)*. Numa sociedade democrática, é preciso haver um consenso que garanta a estabilidade das instituições. Tal dispositivo é introduzido para explicar a possibilidade de subsistência de uma sociedade orientada pela teoria da justiça como equidade e representa uma necessidade da sociedade bem- ordenada. (OLIVEIRA; ALVES, p. 2010, p. 34).

O consenso sobreposto define-se como um acordo entre pessoas razoáveis que só aceitam doutrinas abrangentes razoáveis. Gargarella (2008, p. 231) afirma que o consenso supracitado aparece como a única forma de permitir que, neste contexto "pluralista", cada indivíduo chegue a aderir à concepção pública de justiça: esse consenso só poderá ser alcançado uma vez que a concepção pública em questão apareça como razoável, ou mesmo como verdadeira, aos olhos de todos. As instituições básicas se utilizarão do consenso sobreposto para concretizar seus objetivos. Conforme Alves e Oliveira:

> No interior da sociedade, há profundas divergências que tornam impossível a existência da justiça e da igualdade. Essa é a preocupação de Rawls, convicto que está de que uma única doutrina é incapaz de garantir a estabilidade social. Diante disso, pode-se formular a seguinte questão: como garantir a estabilidade das instituições democráticas e a motivação dos indivíduos para instituir e seguir seus princípios de justiça, quando nos deparamos com grandes divergências constituintes das sociedades? O liberalismo político garante a unidade e a estabilidade da sociedade democrática, introduzindo a ideia de um consenso sobreposto; consagra, assim, os direitos e as liberdades básicas, garantindo o pluralismo. Pelo consenso sobreposto, as diferentes doutrinas morais abrangentes *(comprehensive doctrines)* encontram sua unidade ao aprovarem a concepção política entendida por Rawls como sendo a justiça como equidade. (ALVES, OLIVEIRA, 2010, p. 35).

Para fortalecer sua ideia de consenso sobreposto, Rawls apresenta e responde a quatro objeções possíveis a ele. A primeira delas está correlacionada ao fato de que este conceito implica em uma visão cética perante a possiblidade de uma concepção de justiça certa; a segunda afirma que implica uma visão abrangente; a terceira afirma que implica uma situação de *modus vivendi*, e a quarta afirma que constitui uma ideia utópica.

Ralws responde que o ceticismo se refuta em virtude das mesmas razões que dão origem ao consenso, uma atitude cética implicaria em fechar as portas às teorias abrangentes e impediria a possibilidade de se atingir a consenso sobreposto.

Quanto a concepção política não ser "abrangente", o autor alega que de fato ela não pretende resolver todas as questões atinentes à justiça política, mas apenas as mais urgentes. Neste sentido Gargarella (2008, p. 232) explana que "a concepção vem representar um marco para a reflexão e a deliberação, que nos ajuda a conseguir acordos sobre as questões constitucionais básicas, e as perguntas fundamentais sobre a justiça".

Para responder a terceira objeção, Rawls distingue o consenso sobreposto de um *modus vivendi*. Isso porque enfatiza que os acordos aos quais se refere continuam sendo, em algum sentido, acordos morais, e não acordos firmados por pessoas ou grupos descomprometidos com o destino dos demais.

Referente a ultima objeção, Rawls aduz que o caráter supostamente utópico da ideia de consenso sobreposto pode ser refutado a partir de uma passagem gradativa do *modus vivendi* ao consenso constitucional e, por fim, ao consenso sobreposto.

Superadas as possíveis críticas, o consenso sobreposto seria um fator de estabilização social, por meio do qual seria possível o estabelecimento da teoria de justiça proposta por Rawls.

3 A APLICABILIDADE DA TEORIA DE RAWLS AOS DIREITOS SOCIAIS

Apresentados, de modo não exaustivo, os pontos da teoria de Rawls que irão embasar sua teoria com os direitos sociais, imperioso explanar o conceito de direitos sociais para a evolução do tema. Em linhas gerais, Eudes Pessoa (2011, n.p.) explica:

> Os direitos sociais são aqueles que têm por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais tidas como imprescindíveis para o pleno gozo dos seus direitos, por isso tendem a exigir do Estado uma intervenção na ordem social que assegure os critérios de justiça distributiva, assim diferentemente dos direitos a liberdade, se realizam por meio de atuação estatal com a finalidade de diminuir as desigualdades sociais, por isso tendem a possuir um custo excessivamente alto e a se realizar em longo prazo. (PESSOA, 2011).

Os direitos sociais são peça elementar para que os indivíduos possam perseguir seus planos de vida, neles se pode encontrar o "mínimo existencial" necessário para que um plano de vida seja perseguido sem entraves. Contudo, de nada adianta "reconhecer a fundamentalidade destes direitos se eles não serão respeitados no patamar adequado" (BRITO FILHO, 2014, p. 246). Neste sentido, a justiça distributiva de John Rawls parecer-nos-ia o modelo mais adequado para a garantia desses direitos. Importante ressaltar o papel crucial do

Estado na concessão destes direitos, pois somente através de condutas ativas é que os mesmos podem emergir.

Desta feita, José Claudio Monteiro de Brito Filho (2014, p. 47), sintetizando os preceitos elencados por Samuel Fleishncken, liberal de princípios, para o moderno conceito de justiça, explana que "I - cada indivíduo é merecedor de direitos básicos, sendo que uma certa parcela de bens materiais está compreendida nesses direitos; II - garantir que ocorrerá a distribuição desses bens — entendida a distribuição como algo factível — compete principalmente ao Estado".

A teoria proposta por Rawls propugna que as instituições e o poder público participem ativamente da organização da sociedade, pois cabe ao Estado a ingerência redistributiva dos bens aos menos favorecidos. A ele compete garantir as condições mínimas para que o indivíduo possa viver harmonicamente com os outros. "Determinar um esquema equitativo para a apropriada distribuição de benefícios e vantagens é papel dos cidadãos e das instituições sociais" (ALVES; OLIVEIRA; 2010, p. 36). Neste sentido, Rawls refuta a ideia de auto-regulação do mercado:

> Rawls não acredita na justiça do mercado: a mão invisível, antes de socializar seus frutos, possui uma tendência oligopolista e excludente. Nesse sentido, sem uma regulação efetiva do sistema político e econômico, por parte de uma concepção de justiça social (baseada na cidadania igual), a violência política e econômica estará instaurada, principalmente em uma sociedade de classes (e baseada na exploração de classes), como é o caso da sociedade capitalista (que, aliás, tem, como meta principal, a acumulação da propriedade). (DENNER, s.d., p. 06).

No modelo rawlsiano, os princípios da justiça deveriam ser aceitos por pessoas racionais como sendo alicerces éticos para se regular a estrutura básica da sociedade (ALVES; OLIVEIRA, 2010, p. 36). Observe-se que a teoria de justiça defendida pelo autor se aplica a uma sociedade bem-ordenada - e não a uma sociedade de bárbaros – na qual o senso de justiça estará presente nos seres humanos em decorrência da evolução da espécie.

Liberdade e igualdade deverão servir de base para a estruturação social. O autor propõe um quadro no qual o indivíduo não tem meios para obter vantagens especiais para si, no entanto, também não há razões para que concorde com desvantagens especiais. Assim, como não seria razoável que o indivíduo esperasse vantagens na divisão dos bens primários sociais, também não o seria que se deparasse com desvantagens, portanto, "o sensato é reconhecer, como primeiro passo, um princípio de justiça que exija uma distribuição igual" (RAWLS, 2008, p. 183).

Para Rawls, cabe a uma sociedade bem ordenada assegurar às pessoas bens primários, quais sejam: renda, riquezas, oportunidades de acesso posições de autoridades e cargos valorizados pela sociedade. Se tais bens não forem equitativamente distribuídos, a liberdade não teria o mesmo valor para todos, pois exige o acesso igualitário a um mínimo de benefícios sociais. (ALVES; OLIVEIRA, 2010, p. 36).

Rawls assevera que, conquanto o mínimo de benefícios sociais possa variar, sem ele não se poderia falar de dignidade ou de uma base objetiva para a construção da auto-estima dos indivíduos.

No mesmo sentido, para Amartya Sen (2010, p. 120) a pobreza pode gerar como consequência a privação de capacidades, pois "a falta de renda pode ser a razão primordial da privação das capacidades de uma pessoa". Sen é citado com o propósito de referenciar que a pobreza é um entrave na persecução dos planos de vida individuais. Para Ralws, os indivíduos devem ser em si considerados, tendo liberdade e igualdade garantidos para que possam perseguir os seus planos de vida. Ocorre que, uma sociedade libertária como a proposta por Nozick (2009) – na qual a máxima intervenção estatal aceita é o Estado mínimo – não comporta o respeito aos dois princípios sociais basilares elencados por Rawls, pois, se o Estado não intervém para redistribuir riquezas, o abismo entre as classes pode se tornar cada vez mais profundo, fazendo com que os indivíduos que se encontram na linha da pobreza não tenham condições de realizar seus planos de vida.

Neste sentido, a justiça como equidade para Rawls basear-se-á em um empreendimento cooperativo e na ética da reciprocidade, na qual os cidadãos participarão contribuindo para manter a sociedade bem ordenada, justa e estável. Os cidadãos estão eticamente obrigados a contribuir na promoção de instituições e politicas sociais justas. Alves e Oliveira (2010, p. 37) aludem que os parâmetros morais efetivar-se-ão por meio dos princípios de justiça, que orientam as políticas sociais. Estes autores seguem ressalvando que:

> A prática política democrática deve se efetivar a partir dos referidos princípios. Há ainda outros esquemas mais operacionais para se conceber políticas públicas que visam à boa ordem social a partir de três critérios de reciprocidade segundo os quais, os indivíduos se comprometem com a promoção da justiça. Os critérios de reciprocidade a seguir são correlatos dos princípios da justiça: primeiro, uma lista de certos direitos, liberdades e oportunidades básicas, tais como as conhecidas de regimes constitucionais; segundo, uma atribuição de prioridade especial a esses direitos, liberdades e oportunidades, especialmente no que diz respeito às reivindicações do bem geral e dos valores perfeccionistas; terceiro, medidas que asseguram a todos os cidadãos os meios adequados a quaisquer propósitos para que façam uso eficaz das liberdades. (OLIVEIRA; ALVES, 2010, p. 37).

Os critérios de reciprocidade viabilizam o acesso aos direitos e oportunidades moralmente reconhecidas. As politicas públicas são planejadas visando um equilíbrio distributivo. A proposta de Rawls, como já apresentado, não pretende, entretanto, que as diferenças de renda sejam suprimidas por completo, a ideia de um equilíbrio distributivo não implica na paridade salarial. O que Rawls propugna é minoração das desigualdades sociais, gerando uma a "desigualdade controlada", respeitado o mínimo existencial. Alves e Oliveira (2010, p. 38) salientam:

> O princípio da diferença não propõe a reparação de perdas sociais pura e simplesmente ou contrabalançar as desvantagens para produzir uma igualdade equitativa. Rawls o concebe como um dispositivo balizador das iniquidades, utilizado em benefício de todos os membros da sociedade, pois considera a sociedade um sistema de cooperação para a vantagem de todos. Em nome do princípio da diferença, propõe um investimento maior em políticas sociais a fim de melhorar as expectativas dos desfavorecidos. Dessa forma, aqueles que devido a seus talentos naturais recebessem mais recursos deveriam revertê-los em proveito dos menos afortunados. (OLIVEIRA, ALVES, 2010, p. 38).

O princípio da diferença proporcionará, aos menos afortunados, a possibilidade de mudar de situação. Desta forma, todos sairiam ganhando, pois ocorreria a "construção de uma sociedade justa segundo princípios válidos para todos" (ALVES; OLIVEIRA, 2010, p. 38).

Os bens primários contidos no mínimo existencial para Rawls devem ser garantidos pelo Estado. Todavia, quais os limites de concessão destes bens? Para José Claudio Monteiro de Brito Filho (2014, p. 49) "o limite está relacionado ao que for necessário para que cada indivíduo fique em condições de iniciar a prática das ações necessários ao seu plano de vida". Isto não quer significar que o Estado propiciará todo o plano de vida de cada individuo, mas propiciará direitos fundamentais para o cumprimento do mesmo.

Neste contexto, a ideia de ações afirmativas pelo Estado pode ser introduzida, pois, ainda que Rawls não a tenha abordado de modo direto, sua teoria influenciou esta ideia. As ações afirmativas e a inclusão social são uma consequência do aprofundamento do conceito de equidade, que, para muitos, confunde-se com igualdade material, e tem correspondência direta com a evolução do conceito de direitos fundamentais (PINHEIRO, 2013, p. 104). A introjeção de ações afirmativas representa uma mudança estrutural no Estado, que outrora ignorava fatores como raça e sexo, mas hoje tem admitido sua relevância e tentado minimizar seus efeitos ou até suprimi-los.

O discurso vazio da igualdade formal vai sendo abandonado em prol de uma justiça social claramente influenciada por Rawls.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria contratualista desenvolvida por Rawls desenha-se no sentido de não legitimar o “direito natural”. Não se constrói tomando por base “homens-bons”, ela considera o individuo como um ser essencialmente egoísta. Uma sutil análise histórico-social já se curvaria a isto. Contudo, o autor propõe a situação hipotética da “posição original” – para uma sociedade bem ordenada - na qual os indivíduos, cobertos pelo “véu de ignorância” serão levados a agir com justeza, pois o véu torna-se um entrave ao conhecimento da posição social que ocuparão. Assim, os indivíduos distribuirão “bens sociais primários” movidos pelo senso de justiça.

A partir disto, Rawls formula os princípios que nortearão a estrutura básica da sociedade, quais sejam: liberdade e igualdade. Estes princípios devem ser garantidos em uma sociedade bem ordenada, pois é por meio de consecução dos mesmos que se assegura a todos um mínimo existencial para que possam perseguir seus planos de vida.

A ideia de mínimo existencial, liga-se ao que se convencionou chamar de “direitos sociais”, que são garantias mínimas de direitos aos indivíduos. Todavia, o simples fato de estes direitos estarem “postos” no ordenamento jurídico não garante sua aplicabilidade.

Os direitos sociais são garantidos pela Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, o grande impasse é até que ponto estes são respeitados. Na teoria da justiça de Rawls, através da distribuição justa de bens, esses direitos seriam garantidos, ao menos nas mínimas proporções, para que uma pessoa pudesse ter uma vida digna e apta a perseguir os seus planos de vida.

Assim, a teoria da justiça proposta por Rawls, se implementada, poderia apresentar retificações as desigualdades evidentes em seio social. Contudo, a aplicabilidade desta teoria exigira ações afirmativas do Estado, no sentido de minimizar as diferenças.

Não se pretende com isso conformar o Estado brasileiro com uma barbárie, mas apenas salientar que, ainda que alguns progressos tenham sido efetivados, muito ainda pode ser feito a favor dos indivíduos, no sentido de garantir-lhes oportunidades de perseguir seus planos de vida.

REFERÊNCIAS

BARROS, Maria Obirene Freires. *As desigualdades sociais sob a correção da justiça como equidade em Jonh Bordley Rawls.* Dissertação (Mestrado Acadêmico em Políticas Públicas e Sociedade) – Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza. 2007.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. A justiça como equidade, de John Rawls, como uma teoria suficiente para justificar a concessão adequada dos direitos fundamentais sociais. IN: *Direito e desenvolvimento*. Rio de Janeiro / São Paulo: Forense / Método, 2014.

_____. *Direitos fundamentais sociais*: realização e atuação do Poder Judiciário. Revista do TRT da 8ª Região – Suplemento Especial Comemorativo, Belém, v. 41, n. 81, Jul./Dez./2008.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls***.** Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

OLIVEIRA. Neiva Afonso. *A teoria da justiça de John Rawls:* pressupostos de um neo-contratualismo hipotético. Sociedade em Debate, Pelotas, 5 (2): 33-49, agosto, 1999.

_____; ALVES, Marcos Alexandre. *Justiça e políticas socais na Teoria de John Rawls*. Disponível em < file:///Users/user/Downloads/335-1229-1-PB%20(3).pdf> Acesso em 02 jun. 2016.

PESSOA, Eudes Andre. *A Constituição Federal e os Direitos Sociais Básicos ao Cidadão Brasileiro* . In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9623&revista_caderno=9>. Acesso em jun 2016.

PINHEIRO. Regis Gonçalves. *A teoria da justiça de John Rawls e a constitucionalidade das ações afirmativas no Brasil.* Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 59, p. 100-108, jan./abr. 2013.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça.* Tradução de Almiro Pisetta e de Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Justiça e Democracia*. Tradução de Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.