



Marzo 2020 - ISSN: 1988-7833

A LIBERALIDADE DE UMA TEORIA DA JUSTIÇA E O SUJEITO VULNERÁVEL

THE LIBERALITY OF A THEORY OF JUSTICE AND THE VULNERABLE SUBJECT

Rafael Lazzarotto Simioni¹
Érick De Freitas Mendes²
Márcio Clóvis Bosio Guimarães³

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Rafael Lazzarotto Simioni, Érick De Freitas Mendes y Márcio Clóvis Bosio Guimarães (2020): "A liberalidade de uma teoria da justiça e o sujeito vulnerável", Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (marzo 2020). En línea:

<https://www.eumed.net/rev/cccscs/2020/03/liberalidade-teoria-justica.html>

<http://hdl.handle.net/20.500.11763/cccscs2003liberalidade-teoria-justica>

RESUMO

O problema de pesquisa centra-se na seguinte pergunta: diante dos horizontes epistemológicos no qual se desenvolvem os grupos minoritários, de que forma a hermenêutica jurídico-filosófica que visa a racionalização dos ideais de justiça seria capaz de prover um direito justo? Para tanto, foi utilizado o método indutivo-dialético pelo qual se tentou compreender as implicações teóricas acerca da aplicação de uma teoria racional de Justiça dentro da hermenêutica jurídico-filosófica de modo a proporcionar um redimensionamento da perspectiva democrática para que se pudesse compreender os horizontes epistemológicos no qual se desenvolvem os direitos das minorias. Por fim, conclui-se que, a perspectiva democrática pode ser repensada a partir de um ideal racional de justiça, com vistas a consecução dos direitos das minorias. Por fim, compreendeu-se os horizontes epistemológicos no qual se desenvolvem os direitos das minorias quando se identifica como a racionalização dos discursos filosóficos que buscam ideias de justiça seriam capazes de provê-lo, sobretudo em relação a aplicabilidade da teoria da justiça desenvolvida por Jon Rawls.

Palavras-chave: John Rawls; minorias, teoria da justiça.

¹ RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI - Pós-Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Professor e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (PPGD-FDSM) Localizada em Pouso Alegre, Minas Gerais, Brasil. Pesquisador-Líder do Grupo de Pesquisa Margens do Direito do PPGD-FDSM. Email para contato: simioni2010@gmail.com Link para consulta do currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0651879354342863>

² Mestrando em Direito Constitucional pelo programa de Mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Bolsista Capes. Email para contato: erickfmendes@gmail.com Link para consulta do currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6862319400562105>

*** O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

"This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001"

³ Mestrando em Direito Constitucional pelo programa de Mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Bolsista Capes. Email para contato: mmarcioclovisbosioiguimaraes@gmail.com Link para consulta do currículo lattes: CV: <http://lattes.cnpq.br/0520544970774398>

RESUMEN

El problema de investigación se centra en la siguiente pregunta: en vista de los horizontes epistemológicos en los que se desarrollan los grupos minoritarios, ¿cómo podría la hermenéutica jurídico-filosófica dirigida a racionalizar los ideales de justicia ser capaz de proporcionar un derecho justo? Para ello, se utilizó el método inductivo-dialéctico, mediante el cual se trató de comprender las implicaciones teóricas sobre la aplicación de una teoría racional de la justicia dentro de la hermenéutica legal-filosófica para proporcionar un redimensionamiento de la perspectiva democrática para poder comprender los horizontes epistemológicos en los que se desarrollan los derechos de las minorías. Finalmente, se concluye que la perspectiva democrática puede repensarse desde un ideal racional de justicia, con miras a lograr los derechos de las minorías. Finalmente, entendimos los horizontes epistemológicos en los que se desarrollan los derechos de las minorías cuando se identifica cómo la racionalización de los discursos filosóficos que buscan ideas de justicia podría proporcionarla, especialmente en relación con la aplicabilidad de la teoría de la justicia desarrollada por Jon Rawls

Palabras llave: John Rawls; minorías, teoría de la justicia.

ABSTRACT

The research problem focuses on the following question: Given the epistemological horizons in which minority groups develop, what forms a juridical-philosophical hermeneutic aimed at rationalizing the ideals of justice seriously possible to prove a just right? For this, the inductive-dialectical method was used by which to use as theoretical implications on the application of a rational theory of justice within the juridical-philosophical hermeneutics in order to use a resizing of the democratic perspective for those who use the epistemological horizontal no qualifier of rights. minority copyright. Finally, it is concluded that the democratic perspective can be rethought from a rational ideal of justice, with a view to achieving the rights of minorities. Finally, we understood the epistemological horizons in which minority rights develop when it is identified how the rationalization of philosophical discourses that seek ideas of justice would be able to provide it, especially in relation to the applicability of the theory of justice developed by Jon Rawls.

Keywords: John Rawls; minorities, theory of justice.

INTRODUÇÃO

O problema de pesquisa centra-se na seguinte pergunta: diante dos horizontes epistemológicos no qual se desenvolvem os grupos minoritários, de que forma a hermenêutica jurídico-filosófica, que visa a racionalização dos ideais de justiça seria capaz de prover um direito justo?

Para respondê-la, busca-se compreender as implicações teóricas acerca da aplicação da teoria da Justiça de John Rawls⁴ no processo de construção e reconhecimento dos direitos das minorias a partir de uma hermenêutica filosófica e nos horizontes do constitucionalismo contemporâneo e das democracias pluralistas. Para tanto, também será necessário perscrutar os horizontes do constitucionalismo contemporâneo a partir de uma compreensão hermenêutica de justiça; repensar a perspectiva democrática a partir de um ideal racional de justiça; e identificar os

⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 1997. passim.

limites do intervencionismo do Estado Democrático de Direito voltado para as garantias positivas.

Portanto, em um primeiro momento, pretende-se identificar os processos de racionalização do discurso jurídico-filosófico acerca da justiça, para que, em seguida, em um terceiro momento se possa compreender os horizontes epistemológicos no qual se desenvolvem os direitos das minorias e, por fim, tentar responder ao problema da presente pesquisa.

Como perspectiva, John Rawls será o marco que se estabelece e explora. Para a presente pesquisa, será utilizado o método indutivo-dialético pelo qual se tentará compreender as implicações teóricas acerca da aplicação de uma teoria racional de Justiça dentro da hermenêutica jurídico-filosófica de modo a proporcionar um redimensionamento da perspectiva democrática para que se possa compreender os horizontes epistemológicos no qual se desenvolvem os direitos das minorias.

Tendo em vista a presença do método dialético, serão analisadas as possíveis oposições da temática abordada, desde que dentro dos horizontes do Constitucionalismo Contemporâneo e a partir de uma compreensão hermenêutica que reconheça a existência da dignidade da pessoa humana. Pretende-se, ainda, identificar os processos de racionalização do discurso filosófico acerca da Teoria da Justiça desenvolvida por John Rawls.

1 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

A distensão dos estudos acerca dos direitos das minorias exige um aprofundamento teórico acerca da temática relativa ao Constitucionalismo Contemporâneo frente a um ideal de justiça renovador. A despeito de todas as possibilidades que a complexidade do tema nos impõe, pode-se dizer que o constitucionalismo é um movimento social, político e jurídico que se constitui a partir de uma constituição tida como lei maior, que atua no estabelecimento de normas fundamentais de um ordenamento jurídico de um Estado.

O termo constitucionalismo pode ser interpretado a partir de diversas perspectivas epistemológicas e, a depender de qual se utiliza, poderá adquirir diferentes significados. No âmbito jurídico ele se refere a um sistema normativo, organizado no bojo de uma Constituição que, além de limitar o espaço de discricionariedade do Estado, assegura garantias e liberdades individuais, inclusive de maneira horizontal – entre particulares.

Com isto, percebe-se que o constitucionalismo cria um sistema que se estrutura em bases que buscam a proteção aos direitos fundamentais. Sem esforço interpretativo, infere-se que ele possibilita a defesa dos direitos e liberdades individuais, inclusive de grupos minoritários frente às vontades circunstancialmente dominantes. Entretanto, quando esse entendimento relativo ao Constitucionalismo é confrontado com a concepção de democracia tida tão somente como a mera expressão de vontade de uma maioria, verifica-se uma aparente tensão:

Apesar de tudo, uma forte objeção tem sido levantada contra o constitucionalismo: a de que ele subverte ou compromete a democracia, por que se uma Constituição proíbe o Poder Legislativo de aprovar uma lei limitando a liberdade de expressão, por exemplo, isto limita o direito democrático da maioria ter a lei que quer. Caso respeitemos o

constitucionalismo, mas também a democracia, o que deveríamos fazer? Qual é o arranjo apropriado entre esses dois ideais?⁵

Porém, apenas superficialmente pode-se dizer que há uma situação paradoxal em que o modelo democrático regido pela vontade de uma maioria seria limitado pela própria constituição que o institui. Esta suposta tensão reforça um dos pressupostos das teorias constitucionais: a relação de interdependência existente entre constitucionalismo e democracia. Incongruente e anacrônico é o pensamento que tenta dissociar estes termos. Uma constituição não democrática ou uma democracia sem constituição inviabilizam a defesa da dignidade humana. Em relação a superação deste conflito, a doutrina nos diz que:

Acredito que o conflito há pouco descrito é ilusório, por que é baseado numa compreensão incorreta do que a democracia é. Devemos começar anotando uma distinção entre democracia e regra de maioria. Democracia quer dizer regra da maioria legítima, o que significa que o mero fator majoritário não constitui democracia a menos que condições posteriores sejam satisfeitas. É controverso o que essas condições exatamente são. Mas algum tipo de estrutura constitucional que uma maioria não pode mudar é certamente um pré-requisito para a democracia. Devem ser estabelecidas normas constitucionais estipulando que uma maioria não pode abolir futuras eleições, por exemplo, ou privar uma minoria dos direitos de voto.⁶

As normas limitadoras presentes em uma constituição são essenciais à democracia e ao constitucionalismo. Elas representam importante instrumento de proteção das minorias contra os abusos e arbitrariedades da maioria. Não poderia uma Constituição ser democraticamente estabelecida caso utilizasse o argumento da predominância da vontade de um grupo majoritário para mitigar ou suprimir direitos fundamentais de pessoas em situação de vulnerabilidade. O Constitucionalismo Contemporâneo não permite discricionariedades e provoca mudanças na teoria do direito, conforme demonstra a doutrina:

[...]Dessa forma, o constitucionalismo contemporâneo vem buscando por um direito que não aceita discricionariedade e tem como matriz teórica a crítica hermenêutica do direito.⁷

Nessa medida, pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da Teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da Teoria do Direito, no interior da qual acontece a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição), da teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e da teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem

⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 1997. p.3.

⁶ DWORKIN, Ronald. *Constitucionalismo e democracia*. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no *European Journal of Philosophy*, 1995. p. 3.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – O Constitucionalismo Contemporâneo. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Santa Catarina v.1, n.02, p. 27. 2014. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64>. Acesso em 10/11/2017.

às discricionariedades e aos ativismos).⁸

Uma das funções básicas de uma República Democrática de Direito é garantir o direito das minorias. Nesta perspectiva, “a doutrina tem reconhecido que entre os direitos fundamentais e a democracia se verifica uma relação de interdependência e reciprocidade.”⁹ Um regime democraticamente estabelecido, portanto, possui a prerrogativa de proteger os direitos das minorias e assegurar respeito às liberdades civis fundamentais, conforme preleciona a doutrina:

As democracias precisam proteger os direitos das minorias e assegurar respeito às liberdades civis fundamentais. Esta dimensão é importante porque, ainda que um regime garanta eleições competitivas, com ampla participação, se se abster de garantir liberdades civis, não pode ser considerado uma plena democracia.”¹⁰

Entretanto, os sistemas representativos, comumente estabelecidos por regimes democráticos, são compostos por maiorias e minorias. A maioria governa e a minoria é governada. Isso pode conduzir a uma ideia equivocada de que as minorias não têm direitos. No âmbito da democracia e do sistema representativo não é correto pensar que apenas os grupos que detenham maiores condições e possibilidades devam ter suas vontades e necessidades atendidas em detrimento de uma minoria. Essa ideia de que a democracia se configura como uma tirania da maioria deve ser rejeitada. “[...] sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.”¹¹

Ademais, há mecanismos internacionais que garantem princípios como igualdade, liberdade e solidariedade, com determinações que reforçam a ideia de que as pessoas precisam ser tratadas de forma igual, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, por exemplo. Porém, é um engano presumir que por haver previsão de proteção ao menos em uma perspectiva universal, haverá igualdade na prática.

Tal afirmação também não traduz a realidade, pois ainda existem diversos grupos historicamente marginalizados, que possuem direitos e garantias fundamentais tolhidos e suprimidos. A exemplo, podem ser mencionadas as discriminações negativas em relação ao gênero ou à sexualidade, à dificuldade de acesso dos negros às políticas públicas, a ausência de condições que permitam a manutenção da cultura indígena e o tratamento dispensado aos imigrantes.

2 AS MINORIAS NO CONTEXTO ATUAL

É necessário qualificar minoria. Entender que não se trata de uma questão de quantidade, mas de como as pessoas são tratadas. As minorias têm direito, não porque um determinado governo detém o poder, ou por existir uma determinada concepção política que legitima a mitigação ou supressão desses direitos, mas por que as estruturas políticas que se erguem no horizonte do

⁸STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – O Constitucionalismo Contemporâneo. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Santa Catarina v.1, n.02, p. 27. 2014. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64>. Acesso em 10/11/2017.

⁹SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. pg 48.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional Internacional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 98.

¹¹ BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.p. 1.

Constitucionalismo Contemporâneo e da pluralidade democrática (como o garantismo) assim o exigem.

É necessário identificar o sistema de direitos que protegem os grupos minoritários, inclusive em relação à “violência simbólica”¹², que continuamente engendra crenças no processo de socialização e que induzem os indivíduos a se posicionarem socialmente a partir de critérios e padrões do discurso dominante.

Há, portanto, uma necessidade de se buscar uma coerência institucional, com vistas a reequilibrar as diferenças negativas que influenciam o corpo social. Diante dessa situação, verifica-se uma necessidade de um estudo dinâmico que vincule um ideal de justiça a ser perquirido pelo Constitucionalismo Contemporâneo, como forma de renovação. Nesse diapasão, a Teoria da Justiça brilhantemente desenvolvida pelo filósofo John Rawls é o marco teórico que se estabelece.

Rawls pretende uma fundamental racionalização da ideia de justiça no ambiente social. Ele entende que, assim como uma teoria científica precisa ser abandonada se não for verdadeira, uma teoria moral tem de ser deixada de lado se não for justa. O autor introduz essa racionalidade por meio de um instrumento mental - a posição original.

A posição originária em Rawls é a tentativa de convite à razão comum. Há um diálogo possível em uma sociedade marcada pelo “fato do pluralismo”¹³, ou seja, como se deriva princípios de justiça em uma sociedade em que seus componentes são tão diferentes, onde as pessoas atendem a princípios morais muitas vezes opostos/competitivos. Uma sociedade radicalmente marcada por doutrinas morais de base religiosas, culturais étnicas. O que é traduzido a partir de um imperativo universal trazido por Kant, feito por Rawls. É uma ideia contratualista básica.

O Constitucionalismo Contemporâneo reforça suas bases a partir das experiências democráticas que se desenvolvem em modelos garantistas. O Garantismo também se vincula à ideia de limitação do poder estatal.¹⁴ Enquanto sistema de proteção de bens e direitos, ele se estende a todas as pessoas e não apenas àquelas afetadas diretamente pelo poder punitivo do

Estado. O conceito político que advém de um sistema garantista exige a distinção entre a dimensão formal da democracia relativamente à sua substância.

O aspecto formal da democracia relaciona-se com as condições de legitimidade formal, garantidas pela observância dos princípios democráticos bem como pela positivação jurídica e pela efetiva aplicação de regras e procedimentos de caráter objetivo. Por exemplo, para o desenvolvimento do poder estatal são necessários mandatos políticos democraticamente eletivos, ou que os atos praticados sejam legitimados por meio de instrumentos de democracia participativa.

Por sua vez, em seu aspecto substancial, a democracia reforça as condições de validade asseguradas pelo respeito aos direitos fundamentais, inclusive contra a vontade de uma maioria dominante. Ela exige que os governos constituídos sob seus horizontes reconheçam a importância dos direitos fundamentais e tenham como objetivo a busca pela sua concretização além de legitimar a busca por um ideal de justiça social. Em sua dimensão substancial, as democracias devem combater quaisquer formas de opressão negativa. O que, em uma primeira análise, significa dizer que ela deve

¹² BORDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 2ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. pg. 44.

¹³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 1997. *Passim*.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pg. 72

proteger os direitos fundamentais.

É na dimensão substancial da democracia que é possível identificar de maneira mais clara o significado da expressão garantismo, pois a democracia formal tem seu fundamento voltado para o direito da maioria, ignorando, desta forma, aqueles que, por algum motivo encontram-se em situação diferente daquela de quem detém o poder de comando.

A constituição de um Estado garantista identifica os limites, estabelece conexões e comandos vinculantes à própria produção jurídica, condicionando tanto a vigência quanto a legitimidade formal das normas, determinando quais são os órgãos com competência normativa e os procedimentos necessários ao seu exercício; ela condiciona também, a validade ou legitimidade substancial, estabelecendo o modelo valorativo que deverá nortear a legislação.

A partir dessas explanações é possível aferir que a existência de um Estado Constitucional de Direito pressupõe a ideia de um modelo garantista, que, por sua vez, permite que a democracia seja exercida como contrassenso à vontade de uma maioria dominante, quando no caso de desrespeito aos princípios adotados pela Constituição vigente. Uma espécie de caráter contra majoritário da democracia.

O constitucionalismo contemporâneo estabelece relações cada vez mais próximas ao modelo garantista, o que favorece a manutenção da substância das democracias. Entretanto, talvez nem mesmo essa relação dialógica seja capaz de solucionar a crise existente nas experiências democráticas. Existem várias concepções a respeito do que venha ser democracia e ela não encerra um conceito estanque, porém, ainda assim, essa coerência entre sua substância e forma não encontrou um ponto de equilíbrio, conforme assevera a doutrina:

O único ponto sobre o qual as Democracias liberais e as Democracias populares poderiam concordar é que "...a Democracia perfeita – que até agora não foi realizada em nenhuma parte do mundo, sendo utópica, portanto – deveria ser simultaneamente formal e substancial.¹⁵

Essa batalha na qual forma e substância são colocadas em situação de oposição lógica para que se reafirmem de forma excludente, caracteriza uma tentativa de se criar certa coerência à experiência democrática. A existência desse conflito retira a racionalidade do sistema, vez que tenta dividir algo em seu menor estado. Esse embate comumente revela um questionamento no qual se tenta aferir a validade desse modelo participativo, o que estabelece uma espécie de crise democrática.

A exclusão de qualquer uma das duas dimensões democráticas explicitadas representa a eliminação da própria democracia. A existência de um modelo em que uma dimensão se sobrepuja a outra de maneira desequilibrada não constitui referência democrática. Uma democracia sem substância traria um governo autoritário, do mesmo modo que a ausência de forma traria uma indeterminação que inviabilizaria sua manutenção.

Embora a representação intelectual de um modelo democrático equilibrado se distancie das experiências existentes, não se pretende com esse trabalho construir um raciocínio que não reconheça a democracia como a melhor das possibilidades. Em que pese o fato de a humanidade

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. pg. 329.

não ter experienciado o desenvolvimento de uma democracia em sua totalidade positiva, não se pode olvidar que ela traz em seu arcabouço histórico grandes avanços em relação à manutenção da Dignidade da Pessoa Humana, por meio da aplicação de seus princípios basilares.

Analisar as democracias que se desenvolvem no bojo do constitucionalismo contemporâneo não solucionam a emblemática questão dos direitos das minorias que são frequentemente questionados. Com o desenvolvimento das sociedades, as dinâmicas das relações sociais tornam-se mais complexas. As diferenças reais ou percebidas que existem entre os diversos indivíduos que vivem em grupo influenciam com intensidade a distribuição dos bens produzidos e distribuídos à sociedade, fazendo com que a distribuição dos bens públicos não seja equânime. O que os desfavorecem ainda mais.

Existem certos padrões globais ou não de concepções morais negativas emanadas por um grupo em relação ao outro. A sociedade moderna torna-se um ambiente consideravelmente suscetível à veiculação de ideias equivocadas e discursos de ódios tendentes a valorização de discriminações negativas que, uma vez reproduzidos, fazem com que grupos minoritários que se encontram em situação desfavorável em relação a uma maioria, que nem sempre se caracteriza pelo critério numérico, se distanciem ainda mais da consecução da dignidade da pessoa humana em virtude de uma má distribuição da justiça social.

3 AS MINORIAS E UMA TEORIA DA JUSTIÇA.

Em tempos de pós-positivismo jurídico e diante desta ficção jurídica criada em torno da democracia, torna-se justificável o estudo dos direitos desses grupos minoritários. O constitucionalismo contemporâneo e a democracia também podem ser reconstruídos a partir de um referencial de legitimidade e justiça. Para além da necessidade de se criar uma justiça, essa questão permite a existência de um diálogo teórico acerca da legitimidade do Direito por meio dos ideais de justiça trabalhados por John Rawls.

O pluralismo social e político constitui circunstância que não pode ser distanciada do diálogo jurídico-filosófico. O “fato do pluralismo”¹⁶ induz a certos questionamentos: Como encontrar a justiça diante da dinâmica imposta pelo pluralismo que há na atualidade? Quais os ideais devem ser perseguidos pelo Estado diante de tantas noções particulares de bens e “doutrinas plurais abrangentes”¹⁷? É necessário realizar um balizamento equitativo para que as liberdades de alguns não sejam suprimidas por outros, conforme se observa:

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. Não permite que os sacrifícios a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos a negociação política ou ao cálculo de interesses

¹⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 1997. passim.

¹⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 1997. p. 101.

sociais¹⁸

A teoria de justiça de Rawls trabalhada ao longo de suas obras desenvolve-se em meio a esses questionamentos. Ela busca conciliar alguns princípios básicos como a liberdade e igualdade. Ou em outras palavras, a igualdade de oportunidades e a distribuição de riquezas. Ao formular sua teoria da justiça como equidade, o autor evidencia que sua intenção era a de “formular uma concepção de justiça que fornecesse uma alternativa razoavelmente sistemática ao utilitarismo, que, de uma forma ou de outra, dominou por um longo tempo a tradição anglo-saxã do pensamento político”.¹⁹

A justiça pode ser encontrada pelo “consenso sobreposto”²⁰ no ambiente público, por meio de uma espécie de reflexão equilibrada. Para que se estabeleça uma sociedade justa é necessário que distribuição de bens e direitos seja feita a partir de regras e princípios justos. O problema reside na dificuldade de se construir um consenso acerca da formulação dessas regras e princípios de justiça que deveriam orientar a esfera pública. O autor parte da premissa de um novo contrato social, que não se identifica com os contratualistas clássicos.

John Rawls pode ser considerado um neocontratualista, pois ele parte de pressupostos teóricos de Locke, Rousseau e Kant. O Contratualismo moderno tem como objetivo a superação de um Estado natural, mostrando que o Estado é artificial, montado por um contrato social. Rawls retoma essa ideia. Ele não formula um contrato social aos moldes clássicos, ele reafirma a impossibilidade de se formar regras imparciais e justas das pessoas que já fazem parte da sociedade.

Portanto, é necessário retirar as pessoas de suas posições atuais para uma originária, na qual elas estarão cobertas por um véu de ignorância e, por isso, não saberão qual o status que ocupam na sociedade, pois se souberem, é provável que tentarão se beneficiar. Desta forma, ao se colocarem nessa situação hipotética denominada posição original elas estarão distantes de suas individualidades. Encobertos por um véu de ignorância, os administradores do Estado poderão formular regras imparciais e justas. Segundo o próprio autor:

Meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social como se lê, digamos, em Locke, Rousseau e Kant. Para fazer isso, não devemos pensar no contrato original como contrato que introduz uma sociedade particular ou estabelece uma forma particular de governo. Pelo contrário, a idéia norteadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original. São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subseqüentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governos que se podem estabelecer. A essa maneira de considerar os princípios de justiça eu chamarei de justiça como equidad.²¹

¹⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 1997. p. 03.

¹⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 1997. p. 16.

²⁰ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 1997. p. 12.

²¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 1997. p. 146.

A posição originária é utilizada para encontrar o conteúdo da teoria da justiça, que são os princípios de justiça - os princípios básicos para uma sociedade justa. Devido as desigualdades, as oportunidades não são as mesmas. Quando for necessário decidir algo para sociedade, quanto menos informação melhor, pois a consciência pode ser capaz de fazer com que as interferências pessoais não favoráveis se manifestem. Essa ideia de posição originária e véu da ignorância podem ser relacionadas com a de justiça procedimental pura, conforme menciona o autor:

A posição original é definida de modo a ser um status quo no qual todos os acordos firmados são justos. É uma situação na qual as partes são igualmente representadas como pessoas morais, e o resultado não é condicionado por contingências arbitrárias nem pelo equilíbrio relativo das forças sociais. Assim, a justiça como equidade pode usar a ideia de justiça procedimental pura desde o início.²²

Justiça procedimental pura representa a ausência de informações suficientes à criação de situações que beneficiam de forma não equânime. Por isso ele fala da a posição original, pois nessa situação hipotética os indivíduos apenas têm conhecimento dos novos princípios de justiça que foram escolhidos. Ela é similar a ideia de estado de natureza ou contratualismo, pois retorna-se ao Estado de natureza para rever e reconstruir os princípios de justiça que serão à base da constituição e das leis.

Para Rawls, se os membros fundadores da nova sociedade bem ordenada se encontram em posição originária, eles se encontram conscientemente livres de influências de pessoas e grupos e ignoram as influências existentes entre eles. Nessa situação eles estariam encobertos por um véu de ignorância a respeito de sua própria condição social, inclusive a de seus companheiros. Deste modo, eles não têm condições de identificar questões relativas aos seus status sociais, dotes naturais, bem-estar individual e social.

A ideia de benefícios pessoais se distancia da ideia de justiça como equidade proposta pelo referido autor. Nessa posição originária não há um desconhecimento total, as partes conhecem as relações políticas, econômicas, psicologia humana e avanços históricos. Nessa posição originária, sob o véu da ignorância, deverão ser formulados alguns princípios dentro da sociedade como o princípio da Diferença e o da Igualdade de oportunidades. Os princípios de justiça são construídos a partir dessa posição original.

De acordo com o princípio da liberdade, todos devem ter a mesma liberdade e o direito de usufruí-la em sua totalidade, seja ela de crença, religião pensamento ir e vir etc. Todas as pessoas devem ter direito a voto; de participar dos cargos públicos e políticos. Essa primeira regra de John Rawls pode ser relacionada aos direitos humanos de primeira geração – os chamados direitos civis e políticos, que exigem apenas uma abstenção do Estado. Ou seja, entre as pessoas deve vigorar os direitos humanos fundamentais tais como: participação política, religião, opinião dentre outras.

Na segunda regra, ele afirma a necessidade da igualdade de oportunidades. As oportunidades podem ser representadas pelos direitos humanos de segunda dimensão – os chamados direitos sociais, que permitirão a igualdade na distribuição de bens e direitos. Embora trate

²² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 1997. p. 146.

de igualdade de oportunidades, o autor entende e reconhece a possibilidade de desigualdades econômicas serem legítimas e justas. Nessa perspectiva, não seria justo impedir as desigualdades econômicas entre as pessoas. Entretanto, as regras que permitem esse desnivelamento têm que atender a certos regramentos que os justifiquem.

As desigualdades sociais e econômicas somente se justificam se forem capazes de garantir uma maior vantagem aos menos favorecidos. Trata-se da distribuição de bens materiais, a repartição equilibrada de bens primários (como encargos públicos, por exemplo). De acordo com esse regramento, as desigualdades sociais somente são justificadas se primeiro favorecerem os menos favorecidos na escala social. Essa regra também é chamada de princípio da diferença ou do “maximin”²³ (maximização do mínimo). Isso garante que os princípios sejam justos, porém não garante que as leis serão justas.

O autor vincula o direito com os ideais de justiça que trabalha, pois do contrário acredita que norma jurídica seria arbitrária – não legítima. Com isso, surge a necessidade de se defender uma espécie de desobediência civil, que, para ele, é um ato político não violento e consciente, contra a lei, realizado com o fim de provocar uma mudança na política de governo ou nas leis. Ao agir assim, o indivíduo aproxima-se do senso de justiça da maioria da comunidade e declara que em sua opinião, os princípios da cooperação social entre homens livres e iguais estão sendo desrespeitados. Entretanto, a desobediência civil que busca garantir a consecução dos ideais sociais de justiça não é aleatória. Ela justifica-se por circunstâncias pré-estabelecidas: se a injustiça é substancial e pungente, ela constitui real obstáculo para remoção de outras injustiças; A desobediência civil generalizada pode desestruturar o conceito constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para concluir, a partir do pensamento de Rawls, as regras e as leis serão justas se estiverem de acordo com a constituição, que somente será justa se estiver de acordo com os princípios de justiça, que somente serão justos se forem objeto de consenso na posição original, na qual os indivíduos estejam imersos em um véu de ignorância. Essa posição original é constituída por pessoas éticas, isto é, por pessoas com senso de justiça, racionais e razoáveis. Somente assim poderemos dizer se será possível formar uma sociedade bem ordenada e justa como equidade. Esse lugar hipotético é importante para que melhor possamos compreender os conflitos e problemas que há na atualidade, como, por exemplo, a respeito questão econômica, política e social, sobretudo a questão dos direitos das minorias.

É importante mencionar, que a teoria da justiça de John Rawls não pretende eliminar da sociedade os fatores naturais e aleatórios do ponto de vista moral. O que se pretende é que as instituições sociais sejam reestruturadas com base em fatores aleatórios equânimes. A questão para Rawls e para Teoria da Justiça é institucional. O que importa é de que forma as instituições e o arranjo de justiça dessa sociedade podem se reestruturar e permitir o desenvolvimento dos

²³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 1997. p. 89.

indivíduos. Trata-se de uma justiça institucional e não interpessoal. A justiça não é só uma virtude do poder judiciário, mas também de quem organiza a sociedade. Ela é do legislador que distribui os bens sociais. E assim se desenvolveu a pesquisa.

Em um primeiro momento, o artigo tentou abordar o histórico do diálogo do justo com o direito a partir de um ponto de vista filosófico para que, em um segundo momento, se pudesse perscrutar os horizontes do Constitucionalismo Contemporâneo a partir de uma compreensão hermenêutica justa. A perspectiva democrática foi repensada a partir de um ideal racional de justiça, com vistas a consecução dos direitos das minorias.

Por fim, compreende-se os horizontes epistemológicos no qual se desenvolvem os direitos das minorias quando se identifica como a racionalização dos discursos filosóficos que buscam ideias de justiça seriam capazes de provê-lo, sobretudo em relação a aplicabilidade da teoria da justiça desenvolvida por Jon Rawls.

Desta forma, a pesquisa se justificou na medida em que tentou desenvolver estudos aprofundados em direito e construir condições adequadas para enfrentar possíveis insuficiências teóricas do saber jurídico tradicional relacionadas ao tema proposto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto, A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004;

DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no European Journal of Philosophy, 1995;

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional Internacional. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes. 1997;

SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – O Constitucionalismo Contemporâneo. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, Santa Catarina v.1, n.02, p. 27. 2014. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64>. Acesso em 10/11/2017;