

ORGANIZADORES
ROBISON TRAMONTINA
ALEXANDRA VANESSA KLEIN PERICO
ANNY MARIE DOS SANTOS PARREIRA

Série
Ensaio

PENSANDO
FILOSOFICAMENTE
OS DIREITOS HUMANOS
FUNDAMENTAIS II



Editora Unesc

978-85-8422-102-8



9 788584 221028

ORGANIZADORES
ROBISON TRAMONTINA
ALEXANDRA VANESSA KLEIN PERICO
ANNY MARIE DOS SANTOS PARREIRA

Série
Ensaio

PENSANDO
FILOSOFICAMENTE
OS DIREITOS HUMANOS
FUNDAMENTAIS II



Editora Unesp

Editora Unoesc

Coordenação

Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Projeto Gráfico e Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

P418

Pensando filosoficamente os direitos humanos fundamentais II / organizadores: Robison Tramontina, Alexandra Vanessa Klein Perico, Anny Marie dos Santos Parreira. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2016. – (Série Ensaios)
366 p. ; 23 cm

ISBN 978-85-8422-102-8

1. Direitos fundamentais. 2. Direito - Filosofia. 3. Dignidade. I. Tramontina, Robison. (org.). II. Perico, Alexandra Vanessa Klein, (org.). III. Parreira, Anny Marie dos Santos. IV. Série.

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor

Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*

Campus de Chapecó

Ricardo Antonio De Marco

Campus de São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D'Agostini

Campus de Videira

Antonio Carlos de Souza

Campus de Xanxerê

Genesio Téó

Pró-reitor de Graduação

Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão

Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria

Lindamir Secchi Gadler

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti

Débora Diersmann Silva Pereira

Andréa Jaqueline Prates Ribeiro

Jovani Antônio Steffani

Eliane Salete Filippim

Carlos Luiz Strapazon

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Maria Rita Nogueira

Daniele Cristine Beuron

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... 9

CAPÍTULO I

A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS – PERSPECTIVAS E INTERLOCUÇÕES

EDUCAÇÃO NA PERSPECTIVA FILOSÓFICA DE JOHN RAWLS13

Aline Mendes de Godoy

**‘GUERRA JUSTA’ E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UNIVERSALISMO
COMO CONDIÇÃO PARA A PAZ 33**

Alexandre Salim

**O PENSAMENTO DE SEYLA BENHABIB QUANTO AO
COSMOPOLITISMO E O DIREITO DOS POVOS51**

André Filipe de Moura Ferro

**UMA ANÁLISE DA TEORIA DA JUSTIÇA CONSAGRADA POR
JOHN RAWLS FRENTE AO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO –
POSSIBILIDADE JURÍDICA DE APLICAÇÃO DE SUA TEORÍA FRENTE
E A HIPÓTESE DE UMA NOVA CARTA CONSTITUCIONAL 63**

Andrey Luiz Paterno

**EXISTE RELAÇÃO ENTRE O CONSENSO SOBREPOSTO DE JOHN
RAWLS E O ESPAÇO PÚBLICO GREGO?..... 73**

Claudiomar Luiz Machado

**A TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS COMO ALICERCE PARA POLÍTICAS
PÚBLICAS JUSTAS..... 89**

Esthevam Lermen Eidt*

**AS NECESSIDADES BÁSICAS SOCIAIS EM UM SISTEMA JURÍDICO
ADEQUADO CONSTITUCIONALMENTE: O JUIZ E A CONCRETIZAÇÃO
DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS A PARTIR DE UMA
CONCEPÇÃO PÚBLICA DE JUSTIÇA..... 101**

Marcia Coser Petri

**A CATEGORIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO
“FUNDAMENTAIS” A PARTIR DA SUA ASSOCIAÇÃO AO “MÍNIMO
SOCIAL”: OS DIREITOS SOCIAIS NO SISTEMA JURÍDICO ADEQUADO
CONSTITUCIONALMENTE..... 137**

Nilson Feliciano de Araújo

CONSIDERAÇÕES SOBRE TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS.. 155

Renato de Carvalho Ayres

**JUSTIÇA E IGUALDADE: A CONTRIBUIÇÃO DE JOHN RAWLS
NA OBRA UMA TEORIA DA JUSTIÇA PARA A INTERPRETAÇÃO
CONTEMPORÂNEA ATRIBUÍDA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE... 169**

Thiago Zelin

CAPÍTULO II

**A TEORIA DE MARTHA NUSSBAUM E OS DIREITOS HUMANOS
FUNDAMENTAIS**

A DIGNIDADE HUMANA PARA MARTHA NUSSBAUM183

Fernanda Tofolo

**FUNDAMENTOS DA DESIGUALDADE DE GÊNERO COM BASE NA
TEORIA DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM197**

Grazieli Ana Paula Schmitz

**A CAPACIDADE COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DE
CONSTRUÇÃO DE UMA IDENTIDADE DA MULHER 217**

Jucélia Fátima Seidler Jeremias

**A IDEIA DA ACEITABILIDADE COMO PROTEÇÃO E PROMOÇÃO
DA JUSTIÇA SOCIAL NA PERSPECTIVA DE MARTHA C. NUSSBAUM:
UMA CRÍTICA À VANTAGEM MÚTUA DE JOHN RAWLS..... 239**

Barbara Moesch Welter

**A PERSPECTIVA COSMOPOLITA DO ENFOQUE DAS
CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM NA TITULARIZAÇÃO DE
DIREITO SOCIAIS..... 255**

Cristiane Brum dos Santos

CAPÍTULO III
FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA DOS DIREITOS HUMANOS
FUNDAMENTAIS

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS..... 271
Andressa de Freitas Dalmolin Macagnan

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS POVOS INDIGENAS SOBRE AS TERRAS QUE TRADICIONALMENTE OCUPAM 289
Edson Antônio Baptista Nunes

DIGNIDADE HUMANA E SUA RELAÇÃO COM A INTIMIDADE: DESCONSTRUINDO A NECESSIDADE DE UM FUNDAMENTO ORIGINÁRIO 321
Julivan Augusto Negrini

A CONTRIBUIÇÃO DO CONTRATO SOCIAL DE ROUSSEAU PARA UMA CIVILIZAÇÃO QUE CONTEMPLA À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... 345
Luís Renato Martins de Almeida

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DOS DIREITOS HUMANOS..... 355
Pedro José de Alcantara Mendonça

APRESENTAÇÃO

Pensar filosoficamente ou a partir de uma perspectiva filosófica os direitos humanos / fundamentais é uma necessidade e um desafio. É uma necessidade em razão das dificuldades para protegê-los e realizá-los. Há diversos exemplos cotidianos de desrespeito e violações dos mesmos. É um desafio dado à pluralidade cultural, moral, filosófica existente nas sociedades democráticas constitucionais.

Enfrentar a questão da fundamentação filosófica dos direitos humanos/fundamentais é o objetivo central do componente curricular “Filosofia intercultural e teoria crítica dos direitos humanos”. As principais questões abordadas nele são as seguintes: o que são direitos humanos? A dignidade humana é o fundamento de todos os direitos humanos? O que é a dignidade humana? É possível uma fundamentação universalista dos direitos humanos? Quais são as principais teorias que fundamentam os direitos humanos?

No primeiro semestre de 2016, dadas as numerosas possibilidades de fundamentações filosóficas possíveis, optou-se por apresentar e analisar duas teorias, a saber: a de Rawls e a de Nussbaum.

No decorrer do referido semestre as propostas teóricas mencionadas foram apresentadas, analisadas e debatidas. Após o estudo, os mestrandos foram estimulados a redigir um artigo sobre um tópico desenvolvido em sala de aula ou articular os conceitos e teses dos autores discutidos com as temáticas das suas dissertações.

A presente obra é o resultado desse processo. Sendo assim, ela apresenta artigos que retratam o primeiro estágio de pesquisa sobre as temáticas escolhidas, por conseguinte, são work in progress. Contudo, as investigações desenvolvidas indicam o potencial científico dos autores e a relevância das questões abordadas.

Boa leitura!

Organizadores
Robison Tramontina
Alexandra Vanessa Klein Perico
Anny Marie dos Santos Parreira

**CAPÍTULO I – A
TEORIA DA JUSTIÇA
DE JOHN RAWLS E OS
DIREITOS HUMANOS
FUNDAMENTAIS
– PERSPECTIVAS E
INTERLOCUÇÕES**

EDUCAÇÃO NA PERSPECTIVA FILOSÓFICA DE JOHN RAWLS

Aline Mendes de Godoy*

1 INTRODUÇÃO

John Rawls, um dos principais filósofos do século XX, fundamenta sua doutrina na busca da igualdade e da justiça distributiva, dando prioridade ao tratamento das liberdades e dos menos favorecidos. O autor desenvolve sua análise a partir da justiça como equidade, que tem como foco a resolução de questões de desigualdade nos sistemas político-liberais.

O princípio norteador de sua obra é a justiça, uma das virtudes das instituições político-sociais, de forma que os princípios da justiça que elenca devem servir de fundamento para as sociedades bem-ordenadas.

“Uma Teoria da Justiça”, publicado em 1971, serve de ponto de partida para a sistematização da justiça como equidade rawlsiana. Entretanto, todas as obras do autor tiveram como base a questão da justiça, embora essa tenha passado por algumas alterações ao longo do tempo, buscando corrigir inconsistências, o que resultou na publicação, em 1993, da obra “O Liberalismo Político”.

Mesmo com alterações, o centro de análise do autor permaneceu como a justiça como equidade, como forma de resolver questões ligadas à desigualdade nos sistemas político-liberais. A justiça, listada como a primeira das virtudes das instituições político-sociais, serve de base para as sociedades bem-ordenadas.

Tendo como norte a justiça, Rawls propôs um método razoável em que a validação e a invalidação das leis morais pudessem ser baseadas.

Rawls analisa a ética por um método indutivo, desenvolvido de forma que este fosse utilizado para estabelecer uma classe de juízes mo-

*Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; juíza de Direito.

rais, reconhecidamente razoáveis. Esses possuiriam características como inteligência, conhecimento e virtudes.

O julgamento desses juízes seria moral e intuitivo, precedido de vasta investigação, de forma que as promessas, mesmo que fundamentadas em regras do senso comum, devem ser mantidas. Esses juízes analisariam os fatos, aplicando a estes os princípios de forma intuitiva.

O método rawlsiano afirma que as pessoas tem determinadas habilidades, de forma a alcançar uma decisão correta sem recorrer a nenhum background ou fundamento filosófico. Isso porque estas demonstram com suas atitudes diárias e julgamentos pré-reflexivos que tem senso de justiça. Entretanto, esses julgamentos não são aqueles considerados na análise das virtudes; esse último só pode ser feito pelos juízes morais competentes.

Rawls, na obra “Uma teoria da justiça” sustenta que a concepção de justiça caracteriza-se pela sensibilidade moral, em que cada juízo do dia-a-dia é formulado com base em princípios. Os juízos ponderados são formulados a partir de condições favoráveis ao senso de justiça.

Sob essa ótica, nosso senso de moralidade pode fundamentar uma teoria moral eficiente, que, através de um equilíbrio reflexivo, revele os elementos essenciais de nossas capacidades morais. O fundamental para Rawls, seria, assim, o uso de determinados julgamentos.

O senso de justiça rawlsiano é uma capacidade mental, que envolve o exercício do pensamento. Em Teoria da Justiça, esse senso é explicado a partir do equilíbrio reflexivo, que só pode ser atingido depois da pessoa avaliar todas as concepções propostas, decidindo ou revisando seus juízos para moldar-se a um deles ou manter suas convicções iniciais.

Os primeiros princípios elencados no livro “Uma Teoria da Justiça” são os elementos centrais da teoria rawlsiana, e sua demonstração adapta-se a nossos juízos em equilíbrio reflexivo e do apoio mútuo em diversas considerações, de forma que tudo se encaixe e forme uma única visão coerente.

A concepção de justiça, na citada obra, funda-se em concepções filosóficas aplicadas a todas as sociedades. Lado outro, em “O liberalismo político”, essa concepção funda-se apenas em considerações políticas aplicadas às sociedades, vista como cooperação social de benefícios mútuos, que tenham como fundamento a ideia de pessoas livres e iguais.

Em TJ, os princípios de justiça, analisados a partir da posição original, tem como justificativa as escolhas racionais. A justificativa, em “O liberalismo político”, está nas ideias de pessoa e sociedade modeladas implicitamente na cultura pública de uma sociedade democrática, caracterizada pelo pluralismo razoável. Assim, diversamente da TJ, em LP a concepção de pessoa e sociedade não tem fundamento filosófico, mas sim ideias implícitas na cultura pública das sociedades democráticas.

Nesse sentido, uma sociedade será considerada democrática apenas se, seguindo os princípios da justiça, puder ser considerada bem-ordenada. Os cidadãos compreendem a sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre pessoas reconhecidamente livres e iguais; e ela será bem-ordenada na medida em que cada cidadão reconhece a mesma concepção política de justiça e os mesmos princípios de justiça.

Uma sociedade bem-ordenada caracteriza-se por uma concepção pública de princípios de justiça, estabelecidos a partir de uma base comum na qual os cidadãos justificam seus juízos políticos, de forma que cada um coopera, política e socialmente, tendo como norte os princípios aceitos como justos. Esse acordo dos cidadãos restringe-se, todavia, aos elementos essenciais da sociedade.

A concepção de pessoa é fundamental para se estabelecer o conceito de sociedade bem-ordenada. Isso porque esse conceito deve ser político, considerando que os cidadãos são considerados indivíduos que tem como fundamento básico a liberdade, sendo concebidos como portadores da noção do bem e senso de justiça.

Na sociedade bem-ordenada, Rawls afirma que a concepção de pessoa é elaborada a partir da maneira como os cidadãos são vistos na cultura pública de uma sociedade democrática, em seus textos políticos básicos, quais sejam, a constituição e declarações de direitos humanos, e na tradição histórica da interpretação desses textos.

A justiça como equidade traz um conceito político de pessoa como cidadão livre e igual, de forma que as pessoas tem um senso comum e uma concepção do bem, sendo capazes de cooperação social. Essa concepção política considera a sociedade um sistema equitativo de cooperação.

A concepção de pessoa em Rawls é uma concepção política, que considera os cidadãos na condição de pessoas livres. Sua concepção de liberdade considera os cidadãos razoáveis e racionais, associando-a à ideia de sociedade, considerada como sistema político equitativo de cooperação. Os cidadãos são autônomos, livres e iguais, o que potencializa suas faculdades morais da concepção de bem e de senso de justiça.

O que se considera, nesse caso, é o grau de envolvimento que o cidadão deve ter na política, como forma de garantir suas liberdades básicas. A teoria da justiça como equidade considera a natureza social e a autonomia dos cidadãos, pressupondo que estes compartilhem de uma igual cidadania, igual liberdade consensualmente estabelecida por julgamentos ponderados, firmados a partir do equilíbrio reflexivo. Essa concepção política combina ideias e princípios conhecidos, considerando a sociedade como um sistema de cooperação equitativa entre pessoas livres, iguais e garantindo, assim, o consenso.

O objetivo da justiça como equidade é firmar um acordo político entre os cidadãos, considerados como pessoas livres e iguais, compreendidos como capazes de assumir a responsabilidade por suas reivindicações.

Embora Rawls não trate especificamente da educação, é certo que ele reconhece sua importância na formação de uma sociedade bem-ordenada.

Em contraponto à teoria de Rawls, temos a doutrina de Martha Nussbaum. A autora fundamenta seu discurso sobre a justiça social dos direitos humanos nas denominadas “capacidades humanas”. A ideia de capacidade relaciona-se com a igualdade, necessária para proporcionar a melhoria da qualidade de vida de pessoas determinadas.

Nussbaum propõe uma lista de capacidades (2013, pp. 91-93), que devem servir de base para o planejamento das políticas públicas pelos Estados. Essa lista corresponde aos bens primários presentes na teoria de Rawls (2016, pp. 108-112).

A doutrina com enfoque nas capacidades, defendida pela autora, parte da crítica ao contratualismo e às análises acerca do desenvolvimento humano que se fundem na ideia de utilidade, igualdade de distribuição e maximização de recursos, buscando uma solução para alguns das questões deixadas de lado pelos demais.

Nesse sentido, o enfoque das capacidades eleva o indivíduo à uma posição de destaque, permitindo-lhe ser protagonista na definição de sua vida, servindo para o fortalecimento dos direitos humanos.

2 OS DOIS PRINCÍPIOS DE EQUIDADE DE JOHN RAWLS

Dada a posição de cidadania igual, Rawls entende que pessoas livres e iguais, situadas simetricamente, escolheriam os dois princípios da justiça como equidade.

O autor apresenta os princípios da justiça em ordem serial, de forma que o primeiro princípio precede, em ordem de importância, o segundo. Esses princípios são assim definidos: a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades

básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e b) as desigualdades econômicas e sociais devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, tem de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio de diferença) (2016, p. 73).

O objetivo de Rawls, ao estabelecer esses princípios é organizar as instituições de forma a permitir a cooperação social, favorecendo os esforços constitutivos dos cidadãos. Essa cooperação social implica uma igual cidadania, de forma que o sistema político e econômico deve ser construído de forma coletiva, por cidadãos livres e iguais, possibilitando, através do acesso aos bens sociais primários, o desenvolvimento.

A partir do momento em que há essa cooperação, restam favorecidos os esforços coletivos, de forma que Rawls deixa claro que o desenvolvimento pleno dos indivíduos só é possível dessa forma. A cooperação social baseia-se no respeito mútuo e no benefício de todos, de forma que sem ele ninguém pode ter uma vida satisfatória.

Passando à análise dos princípios, temos que o primeiro deles, chamado princípio da igual liberdade, estabelece que todas as pessoas tem direito ao maior conjunto de liberdades, que são igualmente aplicáveis a todos. Rawls chega a afirmar que a base da auto-estima, em uma sociedade justa, não é a renda dos indivíduos, mas a distribuição publicamente defendida de direitos e de liberdades fundamentais (2016, p. 671).

Rawls elabora uma lista de liberdades básicas fundamentais, abarcada pelo primeiro princípio: liberdade de pensamento e de consciência; liberdades políticas, como o direito de votar e de participar da política, e liberdade de associação, bem como os direitos e as liberdades especificadas pela liberdade e pela integridade, seja ela física e psicológica, da pessoa; o direito à propriedade privada; e, finalmente, os direitos e as liberdades abarcadas pelo estado de direito.

Essas liberdades básicas, bem como sua ordem de prioridade buscam garantir a todos os cidadãos as condições sociais essenciais para o desenvolvimento adequado e para o exercício completo e informado de suas duas faculdades morais, ter um senso de justiça e ter uma concepção do bem.

O segundo princípio aplica-se à distribuição de renda e de riqueza e às organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e de responsabilidade. É certo que a distribuição de renda e de riqueza não precisa ser igual para todos, mas ela deve ser vantajosa para todos, em especial aos menos favorecidos, e, ao mesmo tempo, deve garantir que as posições de autoridade e de responsabilidade sejam acessíveis a todos (2016, p. 78).

Esse princípio é dividido em duas partes, relacionando-se às desigualdades sociais e econômicas. A primeira parte, relacionada ao princípio da diferença, estabelece que desigualdades são aceitas apenas quando melhoram as condições dos menos favorecidos.

A cidadania igual deve ser garantida a todos os cidadãos, independentemente de sua cor, raça, credo ou riqueza, de forma que tenham a oportunidade de alcançar cargos públicos ou políticos. Rawls assevera que a aplicação desse princípio exige que as pessoas sejam consideradas independentemente de sua posição social (2016, p. 622).

Esse princípio exige que as desigualdades existentes beneficiem os menos favorecidos, ou, caso contrário, não são admitidas (2003, pp. 90-91). Determina, ainda, que cada pessoa se beneficie das desigualdades permissíveis na estrutura básica, de forma que cada homem representativo definido por essa estrutura, quando a observa como um empreendimento em curso, deve entender razoável preferir as suas perspectivas atuais às suas perspectivas sem ela (2016, p. 74).

Considerada a posição de cidadania igual, Rawls afirma que as desvantagens ou a supressão da liberdade de uns não podem ser justificadas por maiores vantagens de outros. Isso porque a ideia intuitiva é que a ordem social não deve estabelecer e assegurar as perspectivas mais

atraentes dos que estão em melhores condições a não ser que, fazendo isso, também traga vantagens para os menos afortunados (1997, p. 80).

Além disso, não se permite que diferenças de renda ou posições sociais e de responsabilidades justifiquem-se pela alegação de que as desvantagens de uns em uma posição são compensadas pelas maiores vantagens de outros em posições diferentes, bem como não podem infrações à liberdade ser contrabalançadas dessa forma (1997, p. 69).

O desenvolvimento econômico só se legitima na medida em que promove o desenvolvimento humano, devendo o princípio da diferença transformar os objetivos da estrutura básica, de modo que o esquema global das instituições deixe de enfatizar a eficiência social e os valores tecnocráticos (1997, p. 108).

A segunda parte, ao dispor sobre o princípio da igualdade equitativa de oportunidades, estabelece que o acesso aos cargos e posições sociais devem estar ao alcance de todos os indivíduos de maneira igual e equitativa.

Rawls assevera que esses princípios buscam corrigir defeitos na igualdade formal de oportunidades - carreiras abertas a talentos - do sistema de liberdade natural. Para que haja igualdade equitativa de oportunidades, os cargos e posições sociais devem estar abertos não apenas em sentido formal, mas de forma que todos tenham uma chance equitativa de ter acesso a eles (2003, p. 61).

Segundo o autor, o primeiro subprincípio, o princípio da igualdade, tem precedência sobre o segundo, reforçando a ideia de que nem mesmo um bem partilhado por todos pode justificar a perda de uma liberdade básica por algum indivíduo. Além disso, ganhos de ordem econômica não autoriza que seja negada uma liberdade de qualquer indivíduo.

Rawls deixa claro que a ordem serial dos subprincípios justifica-se uma vez que a violação às liberdades básicas protegidas pela primeira

parte do princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens econômicas e sociais.

Essas liberdades só podem ser limitadas ou comprometidas se houver conflito com outras liberdades básicas, uma vez que nenhuma delas é absoluta. Entretanto, podem ser ajustadas de forma a formar um sistema único, que deve ser o mesmo para todos (2003, p. 65).

É importante perceber que essa ordem de precedência aplica-se também entre as duas partes do segundo princípio, de forma que a primeira parte, o princípio da diferença, precede a segunda parte, o princípio da igualdade equitativa de oportunidades. Assim, eventuais diferenças de distribuição de renda somente se justificam quando as posições e cargos são acessíveis a todos.

Na obra “Justiça como Equidade: Uma Reformulação” esses princípios da justiça são ordenados nessa mesma ordem de precedência, qual seja, a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente e adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e, b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (2003, p. 60).

É certo que esses princípios da justiça são aqueles que, segundo o autor, seriam escolhidos por pessoas livres e iguais, na posição original e limitadas pelo véu da ignorância, como sendo os princípios reguladores das desigualdades sociais presentes na estrutura básica da sociedade, chamada de justiça como equidade.

3 A EDUCAÇÃO COMO BEM PRIMÁRIO NA JUSTIÇA COMO EQUIDADE

A justiça como equidade, conforme dito acima, aplica-se às instituições políticas e sociais, determinado a maneira como estas distribuem direitos e deveres, bem como a divisão daquelas vantagens relacionadas à estrutura básica da sociedade.

É certo que a educação formal faz parte dessa estrutura básica e, de acordo com Rawls, essa estrutura é “o contexto social de fundo dentro do qual as atividades de associações e indivíduos ocorrem” (2003, p.14).

A estrutura básica tem como uma de suas atribuições a formação dos indivíduos para uma concepção pública de justiça. E, através da educação, esses cidadãos desenvolvem suas faculdades morais, tornando-os membros da sociedade e, assim, livres e iguais. Rawls afirma que essa “estrutura básica também cumpre a função pública de educar os cidadãos para uma concepção deles mesmos como livres e iguais” (2003, pp. 80-81).

A educação, na medida em que faz parte da estrutura básica da sociedade, relaciona-se com as outras dimensões de formação do cidadão. Nos termos do dito por Rawls, a estrutura básica da sociedade tem efeitos profundos sobre toda a vida da população, estando presente desde o início, razão porque a educação deve ser analisada da mesma forma.

Quando ao papel da educação na formação dos indivíduos, temos que ela define a forma como os benefícios da cooperação social serão distribuídos. Isso porque a forma como o cidadão terá acesso à educação, enquanto bem social, deve ser definida de acordo com os princípios básicos de justiça.

Os princípios de justiça elaborados por Rawls buscam estabelecer a base de elaboração das regras sociais definidoras das políticas públicas para a distribuição dos bens resultantes da cooperação social.

Segundo o autor, os cidadãos tem seus interesses e projetos particulares frente à sociedade, mas concordam em adotar princípios ou um

conjunto deles, para regular direitos e deveres, bem como a forma mais adequada para distribuição dos benefícios advindos da cooperação social (1997, p. 75).

Cabe a esses princípios de justiça definir a base comum do que Rawls denomina de bens sociais primários.

Dessa forma, ainda que os cidadãos tenham para si uma concepção mais abrangente de seus fins últimos e suas finalidades, basta a presença de determinadas condições para que possam compartilhar da mesma ideia de vantagem racional.

Primeiramente, devem defender a mesma concepção de si mesmos como pessoas livres e iguais. Em segundo lugar, suas concepções abrangentes do bem, por mais diferentes que seja seu conteúdo bem como as doutrinas religiosas e filosóficas vinculadas a estas, devem ter, para se desenvolver, os mesmos bens sociais primários, ou seja, as mesmas liberdades, oportunidades e direitos básicos, os mesmos meios polivalentes, como renda e riqueza, de forma a garantir as mesmas bases sociais de respeito próprio (2000, p. 301).

Esses bens primários são fundamentais para a cooperação social. Isso porque o sistema político e econômico deve ser fruto de construção coletiva, por cidadãos livres e iguais, possibilitando o desenvolvimento de todos por meio dos bens sociais primários.

A concepção política de cidadãos, que os considera como livres e iguais, define suas necessidades, ou seus bens enquanto cidadãos, como os bens primários, no que se refere às questões da justiça. (2000, pp. 305-306). Essa concepção de bens primários permite o acesso a uma base política para as reivindicações dos cidadãos e para a organização do sistema político e econômico.

Os bens primários, segundo Rawls, são coisas que os cidadãos precisam como pessoas livres e iguais, e suas exigências em relação a esses bem é considerada válida (Liberalismo político, 2000b, p. 228).

A lista de bens primários elaborada por Rawls (2003, pp. 82-83) distingue entre cinco categorias, aquelas relacionadas às liberdades de pensamento e de consciência; as liberdades de movimento e livre escolha de ocupação; os poderes e prerrogativas de ocupação de cargos e posições de autoridade e responsabilidade; a renda e riqueza e acesso aos meios para atingi-las; as bases sociais do autorrespeito.

Mesmo que a educação não esteja explicitada nessa lista de bens primários, pode-se dizer que aquela está emaranhada nas bases destes. Isso porque o acesso aos bens primários, como renda, riqueza e liberdade na escolha de sua ocupação, depende da maneira e por quanto tempo os cidadãos tiveram acesso à educação formal.

Os bens primários fornecem o suporte da estrutura básica da sociedade (1997, p. 286), dando forma às suas necessidades e aspirações futuras. Eles determinam o tipo de pessoas que são e que querem ser. Isso significa que um sistema econômico não é somente um meio de satisfazer desejos e necessidades atuais, mas de criar e modelar as necessidades futuras.

A educação faz parte desses bens primários na medida em que a concepção de pessoas livres e iguais, participantes de um sistema de cooperação social, passa pela educação formal dos cidadãos.

Rawls dá ênfase ao fato de que as necessidades coletivas vinculadas aos aspectos políticos e econômicos devem se sobrepôr às necessidades individuais. Assim, permitir o acesso dos cidadãos à educação fornece a essas orientações para atender não apenas aos seus desejos e necessidades pessoais, mas aos anseios coletivos, dando-lhes uma visão comunitária.

A educação formal permite que os cidadãos desenvolvam suas capacidades cognitivas e os conhecimentos necessários para entenderem seu papel na sociedade. Compreendendo esses direitos e deveres, os cidadãos compreendem também sua identidade social de pessoas livres e iguais, possibilitando que elaborem seus planos de vida.

A liberdade de escolha de uma ocupação, como um dos bens primários descritos por Rawls, não pode ser realizado plenamente sem a educação formal mínima. Assim, fazendo um paralelo com tudo quanto dito pelo autor, temos que a educação formal compõe a estrutura básica da sociedade, sendo o acesso à educação e o número de anos inserido no sistema escolar um dos pontos para a concretização dos planos e projetos de vida do cidadão.

O papel da educação em Rawls é reforçado como forma de vincular o indivíduo ao esquema de distribuição de renda e riqueza estabelecido pelo princípio da diferença (2016, p. 109). A alocação de recursos para a educação atribui não apenas eficiência econômica e bem-estar social, mas também proporciona às pessoas a possibilidade de conhecer a cultura e fazer parte das atividades sociais. Assim, pode o indivíduo conhecer seu próprio valor.

A educação pode ser vista como o fundamento para a construção e manutenção da justiça na sociedade. Ela tem importância decisiva na formação de valores morais e na construção da cooperação social, tendo como base o diálogo e o respeito mútuo, permitindo formar cidadãos autônomos e críticos, empenhados na construção do progresso científico e tecnológico. O fim último da educação é, assim, a busca da justiça social.

A promoção da educação permite igual liberdade e igualdade de oportunidades para que os cidadãos tenham acesso aos bens primários, resultando na eficiência econômica.

4 AS CRÍTICAS DE MARTHA NUSSBAUM À LIMITAÇÃO DA TEORIA DE RAWLS AO TRATAR DA EDUCAÇÃO

Antes de adentrar a crítica perpetrada à Rawls, necessário fazer algumas digressões acerca do seu discurso de justiça social de direitos humanos de Martha Nussbaum, que essa denomina de “capacidades humanas”.

Essa doutrina serve, desde 1993, de fundamento para os Relatórios de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que avaliam de forma comparativa a qualidade de vida nos países que formam as Nações Unidas, utilizando-se, para isso, do conceito de capacidades ou habilidades humanas.

Nussbaum assevera que o conceito de capacidades é fundamental para que se compreenda como garantir dignidade ao ser humano e o que seria uma vida com dignidade, tendo suporte na educação, na família e em outras instituições (2016, pp. 93-94).

O enfoque das capacidades é uma concepção de base filosófica em que determinadas habilidades centrais e oportunidades, que incluem, em especial, as oportunidades de escolha e atividade, possibilitam uma comparação da qualidade de vida entre as sociedades, servindo de modelo para ser usado quando se pergunta em que medida uma sociedade assegura o mínimo de justiça aos seus cidadãos (2013, pp. 84-85).

Podem ser descritas como potencialidades ou liberdades substantivas de que dispõem os indivíduos para exercitar as formas de ser e viver, podendo fazer o que mais valorizam na vida.

Nussbaum assevera que sua abordagem deve ser reconhecida como uma teoria parcial e mínima de justiça social, vez que ela não realiza uma abordagem que busca uma igualdade completa de capacidades, mas tao somente um nível mínimo indispensável (2013, p. 218). Exemplo disso segundo a autora pode ser visto na medida em que ela não aborda a desigualdades verificadas acima desse nível mínimo (2013, p. 85).

Essas capacidades tem como premissa o reconhecimento do ser humano como ser moral e racional, tendo como fonte primária de riqueza e habilidade o planejamento de sua vida de acordo com os fins que pretende alcançar. Assim, parte da premissa básica de que algumas das habilidades humanas são dotadas de dignidade e valor uma vez que permitem a

realização de funcionalidades, sendo consideradas demandas morais que dão ensejo a deveres políticos e sociais relacionados (2013, p. 175).

A partir de sua doutrina, a autora propõe uma lista de capacidades e direitos que lhe são correspondentes, colaborando, assim, no planejamento das políticas públicas. A lista apresentada por ela faz o mesmo papel desempenhado pelos bens primários da teoria de Rawls (2016, pp. 108-112), de forma que servem de apoio aos nossos poderes de razão e escolha prática, com importância especial de tornar as escolhas possíveis.

As capacidades e direitos propostos por ela são, portanto: 1) vida; 2) saúde física (direito a uma boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva, estar adequadamente nutrido, ter moradia adequada); 3) integridade física (direito à locomoção, à segurança contra ataques violentos, incluindo abusos sexuais e violência doméstica, oportunidades para a satisfação sexual e escolha no que se refere à reprodução); 4) sentidos, imaginação e pensamento (direito de usar os sentidos, a imaginação, o pensamento e a razão, de modo informado por uma educação adequada, o que inclui a alfabetização e os treinamentos matemáticos e científicos); 5) emoções (ser capaz de ter vínculos, de amar todos que nos amam e que de nós cuidam, de lamentar a sua ausência, vivenciar a gratidão e a raiva justificada); 6) razão prática (capacidade de formular uma concepção de bem e se engajar em reflexões cruciais sobre o planejamento da própria vida, permitindo a proteção da liberdade de consciência e prática religiosa); 7) afiliação, que se subdivide em: 7.1) amizade (capacidade de viver para e com os outros, de reconhecer e mostrar preocupação com outros seres humanos. Proteger essa capacidade significa proteger a liberdade de reunião e de discurso político) e 7.2) respeito (implica o auto-respeito e não-humilhação, direito a ser tratado como um ser humano digno e de valor igual aos outros. Isso abarca o direito à não-discriminação em razão de raça, sexo, etnicidade, casta, religião e origem nacional); 8) capacidade de viver e se preocupar com a natureza, animais e plantas; 9) capacidade de rir, brincar e desfrutar de atividades recreativas; 10) controle sobre o

meio em que o indivíduo se encontra, que se subdivide em: 10.1) controle político (capacidade de participar efetivamente das escolhas políticas, o direito à participação política, as proteções da liberdade de expressão e de associação) e 10.2) controle material (direito de propriedade, direito ao trabalho, direito a não se submeter à busca e apreensão indevida) (2013, pp. 91-93).

Essa lista traduz o conteúdo mínimo dos valores necessários para a realização da justiça social, devendo ser garantido em todas as sociedades que se consideram justas, independente do nível de riqueza que esta ostente.

A doutrina das capacidades, embora se possa dizer que tem base rawlsiana, diferencia-se dessa na medida em que avalia os resultados a serem alcançados para determinar o procedimento adequado para reduzir as desigualdades e promover a efetiva justiça.

Além disso, temos que as doutrinas contratualistas, como a de Rawls, não incluem dentre os princípios políticos, as pessoas com deficiência. Nussbaum deixa claro que essa lista de capacidades e direitos também se aplica aos deficientes.

Para Rawls, as pessoas com deficiência não podem ser consideradas membros normais e integrais da sociedade, de forma que aquelas com severa deficiência mental e deficiências correlatas não integram o grupo daqueles que elaboram os princípios políticos, não constam do grupo para quem e com quem as instituições básicas da sociedade são estruturadas (2013, pp. 217-218).

A preocupação com elas nasce apenas em um segundo momento, quando as estruturas básicas da sociedade, indicadas por Rawls, já foram definidas, de forma que essa doutrina falha ao lidar com a questão das pessoas com deficiência e suas necessidades, como o acesso à educação especial.

Assim, temas de extrema importância, como os custos para a promoção inclusão integral das pessoas com deficiência, são deixados para um segundo momento de consideração.

Dessa forma, ao não incluir os portadores de necessidades especiais nessa distribuição de frutos decorrentes da cooperação social, a doutrina de Rawls afigura-se insensível à necessidade de bens e cuidados especiais de que estes necessitam. É certo que Rawls, na sua lista de liberdades básicas, não contempla, por exemplo, a noção de cuidado.

Nesse sentido, deve-se garantir um patamar mínimo de educação aos portadores de necessidades especiais, de forma a lhes assegurar o potencial para se exercerem todas as suas capacidades.

Na base de seu entendimento diz que existem algumas habilidades humanas que são dotadas de dignidade e valor por possibilitarem a realização de diversas funcionalidades, sendo tidas como demandas morais que ensejam deveres políticos e sociais e é aqui se enquadram os deficientes.

Sua visão defende que a liberdade assume lugar de destaque nas capacidades referentes à vida, integridade física, sentidos, imaginação e pensamento, razão prática, afiliação, naquilo que se relaciona ao autorrespeito, bem como ao controle político e material do indivíduo sobre o meio em que se encontra. No entanto, a dependência e a vulnerabilidade do indivíduo assumem a forma de expressar as emoções por meio do vínculo que se estabelece entre os indivíduos.

É certo que, segundo Nussbaum, todas as sociedades modernas têm mostrado graves desigualdades em seu tratamento das crianças com deficiências mentais atípicas. Uma lacuna especialmente chocante tem se dado na área da educação.

O respeito pela individualidade tem de estar acima de tudo se os objetivos inerentes ao enfoque das capacidades devem ser realizados. Além disso, esse respeito pelos cidadãos aos portadores de necessidades

especiais é o respeito igual em um sentido de estabelecer-se uma política em que se verifique a inteira igualdade de oportunidade ou a ausência de rejeição.

5 CONCLUSÃO

É certo que a educação desempenha um papel central em qualquer sociedade, desenvolvendo a autonomia, para permitir que as pessoas pratiquem as diversas ações tendo como base os princípios que elas aceitariam como indivíduos razoáveis, iguais e livres.

Em uma sociedade bem-ordenada, nos termos da doutrina rawlsiana, ela serve de estímulo a autonomia das pessoas, fortalece o exercício do juízo ponderado, estimulando os indivíduos a alcançarem e desenvolverem sua personalidade moral, concretizando as duas faculdades morais, quais sejam, a ideia do bem e a do senso de justiça.

Segundo Rawls, é por meio de uma educação efetivamente pública que os talentos naturais e as habilidades poderão ser desenvolvidos. Isso porque os talentos naturais não são qualidades fixas e constantes. São, em verdade, recursos potenciais, apenas fruídos quando isso se torna possível dentro das condições sociais.

Aptidões educadas e treinadas são uma seleção dentro de uma série de possibilidades. Alguns fatores afetam sua realização, como o estímulo, o apoio e a existência de instituições para treinamento e uso precoce.

Essas instituições, através da estrutura básica da sociedade relacionada aos princípios de justiça e aos bens primários, tem por função promover e educar os cidadãos, de forma que estes desenvolvam sua concepção de pessoas iguais e livres. Essa função da educação como formação política é chamada por Rawls de função ampla de uma concepção política.

Adotando as assertivas de Rawls, é certo que cabe ao Estado respeitar questões como a crença religiosa dos cidadãos. Entretanto, in-

dependente da crença religiosa, a educação de todos estes exige sejam incluídos itens referentes aos direitos constitucionais e cívicos, de forma que tenham possibilidade de prover seu sustento, estimulando, também, virtudes políticas.

A intervenção do Estado nas questões relacionada à educação tem como fim último tornar os cidadãos pessoas livres e iguais.

Assim a justiça como equidade exige o acesso à educação como forma de realização do desenvolvimento moral e de sua cultura mais ampla.

Entretanto, esse não inclui entre os obrigatoriamente atendidos por essa os portadores de necessidades especiais, que, segundo a doutrina hawlsiana, não seriam considerados pessoas normais, ou não seriam incluídos entre aqueles por quem e para quem os princípios da justiça são definidos.

Nesse sentido a crítica empreendida por Martha Nussbaum, para quem as doutrinas contratualistas, como a de Rawls, entendem que aqueles a quem cabe criar a estrutura básica da sociedade são seres humanos “livres, iguais e independentes”, sendo os interesses defendidos por “membros integralmente cooperativos”, dotados de “racionalidade idealizada”.

Nesse sentido, Rawls entende que as pessoas portadoras de deficiências físicas e mentais permanentes que as impedem de serem membros normais e integrais da sociedade no sentido habitual não são levadas em consideração num primeiro momento.

No que se refere à educação, é certo que, mesmo que as medidas a serem adotadas para a inclusão dos portadores especiais possam ser consideradas caras ou pouco vantajosas, elas devem ser adotadas como forma de desenvolver suas capacidades, preparando-as para participarem das decisões fundamentais da sociedade.

REFERÊNCIAS

PINTO, Fábio Boscaglia. *John Rawls e a educação: contribuições para análise do direito à educação da Constituição de 1988 e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, 2014.

NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da Justiça: Deficiência, Nacionalidade, Pertencimento à espécie*. 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O Liberalismo Político*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. 4ª ed. rev. São Paulo: Martins Fontes – Selo Martins, 2016.

ROHLING, Marcos. A educação e a educação moral em Uma Teoria de Justiça de Rawls. *FUNDAMENTO – Revista de Pesquisa em Filosofia*, n. 4, jan–jun – 2012.

ROHLING, Marcos. *Políticas Públicas, Educação e a Teoria da Justiça de Rawls*. Disponível em: <<https://jus.com.br/imprimir/35269/politicaspublica-seducacaoeateoriadajusticad erawls>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

‘GUERRA JUSTA’ E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UNIVERSALISMO COMO CONDIÇÃO PARA A PAZ

Alexandre Salim*

O estado de paz entre os homens que vivem lado a lado não é um estado de natureza (status naturalis), que antes é um estado de guerra (...). Ele tem de ser, portanto, instituído (...).
KANT

1 INTRODUÇÃO

Há mais de dois séculos, desde que Kant publicou o seu *À Paz Perpétua* (1795), a democratização do sistema internacional tem sido um dos temas mais discutidos no âmbito do direito internacional.

Falando da coexistência entre os homens, Kant identificava o que parecia ser um paradoxo: a “sociabilidade insociável”. De um lado, a necessidade que cada indivíduo possui de viver em sociedade e, assim, ser entendido como homem; de outro, o antagonismo advindo do egoísmo e da resistência de um homem ao posicionamento de outros homens. O conflito resulta no que o autor chamou, na quarta proposição, de *Ideia de uma história universal segundo um propósito cosmopolita*¹, sustentando que a humanidade, como um todo, para sair do estado de natureza, precisa do ‘Direito cosmopolita’, que haverá de se realizar por uma federação de nações, obtendo daí um Direito derivado de uma vontade geral universal². Nos artigos preliminares de *À Paz Perpétua*, Immanuel Kant elabora as condições necessárias ao término da guerra e ao estabelecimento da paz

¹ KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 25.

² KANT, Immanuel. *A paz perpétua...*, ob. cit., p. 120.

* Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul. Mestrando em Direito na UNOESC (Universidade do Oeste de Santa Catarina). Especialista em Teoria do Processo pela UCS (Universidade de Caxias do Sul). Professor de Direito Penal na FESMPMG (Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais), na ESMAFE (Escola da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul), na FEMARGS (Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul), na FESDEP (Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul) e na EBRADI (Escola Brasileira de Direito), bem como nos cursos Verbo Jurídico, Alcance e IOB.

entre os Estados, refutando a distinção entre ‘guerra justa’ e ‘guerra injusta’ utilizada pelos ‘incômodos consoladores’ Hugo Grócio, Samuel von Pufendorf e Emerich de Vattel no clássico direito das gentes para justificar o ‘direito à guerra’³. Este, sustenta, conduz os Estados a se armarem preventivamente e permite que, diante de uma agressão, um Estado procure restituir-se por sua própria força ao invés de buscar reparação por meios jurídicos e pacíficos. Para Kant o ‘direito à guerra’ não é um estatuto jurídico, pois não vem determinado por ‘leis exteriores’ universalmente válidas, mas por ‘máximas unilaterais do poder’⁴.

Autores mais contemporâneos, como Walzer⁵ e Rawls⁶, sustentam que o *bellum justum* tem o objetivo de garantir uma paz justa e duradoura, tendo os direitos humanos como base de atuação política. Em Walzer, a ‘teoria da guerra justa’ baseia-se em um vocabulário universal e mínimo, partilhado e perene, sobre a guerra⁷, que se traduz em palavras como ‘agressão’, ‘neutralidade’, ‘rendição’ ou ‘massacre’, cujo significado mínimo é reiterado, assim como na distinção entre combatentes e não-combatentes e na defesa da imunidade dos últimos⁸. Para o autor, o universalismo moral manifesta-se essencialmente na proteção universal dos direitos à vida e à liberdade, e do direito à autodeterminação, entendido como a ‘forma paradigmática da reiteração moral’⁹.

³ KANT, Immanuel. *A paz perpétua...*, ob. cit., p. 133.

⁴ KANT, Immanuel. *A paz perpétua...*, ob. cit., p. 135.

⁵ Para Walzer, os soldados contemporâneos devem se espelhar na forma como os fidalgos se comportavam, ou seja, ‘com honradez e cavalheirismo’. WALZER, Michael. *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*. New York, Basic Books, 2000, p. 57-9.

⁶ Para reger o seu “Direito dos Povos”, Rawls elenca oito princípios de justiça que assegurariam a liberdade e a igualdade entre os povos. Entre eles está, quanto à ‘guerra justa’, o ‘dever de assistência a outros povos vivendo sob condições desfavoráveis’. RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins fontes, 2001, p. 47-8.

⁷ WALZER, Michael. *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*. New York, Basic Books, 2000, p. 12.

⁸ WALZER, Michael. *Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad*. Notre Dame: Notre Dame University Press, 1994, p. 15.

⁹ WALZER, Michael. *Nation and Universe*, in Grethe B. Peterson (ed.), *The Tanner Lecture on Human Values*, Salt Lake City: Utah University Press, 1990, p. 536.

A teoria da guerra justa encerra o dualismo entre *universalismo* e *particularismo* e a tensão entre *liberalismo* e *comunitarismo* que está subjacente à filosofia moral e política de Walzer: de fato, não é possível entender o papel central que a proteção dos direitos humanos e do direito à autodeterminação política detém na concepção de guerra justa walzeriana sem relacioná-la com a defesa de uma moralidade mínima, de pendor universalista, que se manifesta por meio de um universalismo de reiteração¹⁰. É a 'defesa universal dos direitos humanos' que lhe permite afirmar que "a teoria da justiça na guerra pode, na verdade, basear-se nos dois direitos mais importantes e largamente reconhecidos dos seres humanos na sua forma mais simples (negativa): não ser privado da vida nem da liberdade. O que é talvez mais importante é que estes dois direitos parecem fundamentar os juízos morais que mais frequentemente fazemos em tempo de guerra"¹¹.

O presente artigo tem o objetivo de propor alternativa para a guerra, ainda que considerada 'justa', focando na proteção dos direitos humanos como condição para a paz¹².

Assim, na sua primeira parte, o artigo discorrerá sobre a fundamentação filosófica dos direitos humanos a partir do debate travado entre liberalistas e comunitaristas, demonstrando que os direitos humanos, conforme o embasamento político-filosófico conferido, podem ser inseridos no plano do indivíduo ou ampliados em relação a comunidades concretas. Na sequência, tratará do universalismo, que decorre da doutrina liberal, bem como do relativismo e do multiculturalismo, que dialogam com a doutrina comunitarista, discutindo a respeito da existência, ou não, de uma

¹⁰ COSTA, Maria de Fátima Machado da. *Michael Walzer: A Teoria da Guerra Justa e o Terrorismo*. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Universidade do Minho, Braga, 2005, p. 7-8.

¹¹ WALZER, Michael. *As Esferas da Justiça: Em Defesa do Pluralismo e da Igualdade*. Trad. Nuno Valadas. Lisboa: Editorial Presença, 1999, p. 16.

¹² A título de exemplo, cita-se o Índice Global da Fome de 2015, segundo o qual cerca de 795 milhões de pessoas passam fome no mundo, tendo os conflitos armados relação direta com o quadro que hoje se apresenta. Fonte: Global Hunger Index (GHI) 2015, disponível em: <<https://www.ifpri.org/publication/2015-global-hunger-index-armed-conflict-and-challenge-hunger>>, acessado em julho de 2016.

moral universal. A terceira parte do artigo sustentará que o universalismo, sobretudo com a instituição de uma jurisdição universal, é modelo efetivo de proteção dos direitos fundamentais e condição para o alcance da paz.

2 LIBERALISMO VERSUS COMUNITARISMO: A FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA DOS DIREITOS HUMANOS

A fundamentação filosófica dos direitos humanos vem caracterizada pelo debate travado entre *liberalismo* e *comunitarismo*. Como refere Gonçalves¹³, enquanto os liberais se sentem herdeiros de Locke, Hobbes, Stuart Mill e Kant, os comunitaristas têm as suas raízes no aristotelismo, em Hegel e na tradição republicana da Renascença (como, por exemplo, em Maquiavel e *O Príncipe*, que mais não é do que um tratado político onde se afirma que o governante deve subordinar a sua conduta ao êxito político). Os primeiros partilham a ideia de liberdade de consciência, respeito pelos direitos do indivíduo e desconfiança frente à ameaça de um Estado paternalista; os comunitaristas comungam da desconfiança pela moral abstrata, têm simpatia pela ética das virtudes e uma concepção política com muito espaço para a história das tradições. Do lado *liberal* estão autores como John Rawls, Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Bruce Ackerman e Charles Larmore; entre os *comunitaristas*, Alasdair MacIntyre, Charles Taylor, Michael Sandel, Will Kymlicka, e Michael Walzer.

Em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls procura viabilizar a igualdade e a liberdade em aspectos factuais e jurídicos, invocando a primazia do justo sobre o bem: “Cada membro da sociedade é visto como possuidor de uma inviolabilidade fundada na justiça, ou, como dizem alguns, no direito natural, que nem mesmo o bem-estar de todos os outros pode anular. A justiça nega que a perda da liberdade para alguns se justifique por um bem

¹³ GONÇALVES, Gisela. *Comunitarismo ou liberalismo?* Universidade da Beira Interior, Covilhã, Portugal, setembro de 1998, disponível em <<http://bocc.ubi.pt/pag/goncalves-gisela-COMUNITARISMO-LIBERALISMO.html>>, acessado em junho de 2016.

maior partilhado por outros. (...) Portanto, numa sociedade justa as liberdades básicas são tomadas como pressupostos e os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo dos interesses sociais”¹⁴. Para o autor, uma sociedade bem-ordenada seria aquela que, ao contrário de uma comunidade ou associação, compõe-se de um sistema fechado e autossuficiente, no qual só se entra pelo nascimento e só se sai pela morte: “Uma sociedade democrática bem-ordenada não é uma comunidade, nem, em termos mais gerais, uma associação. Há duas diferenças entre uma sociedade democrática e uma associação. A primeira é que supusemos que uma sociedade democrática, como qualquer sociedade política, deve ser vista como um sistema social completo e fechado. É completo no sentido de ser autossuficiente e de ter espaço para todos os principais objetivos da vida humana. Também é fechado (...) no sentido de que só se entra nela pelo nascimento e só se sai pela morte. Não temos uma identidade anterior à nossa entrada na sociedade: não como se viéssemos de outro lugar; encontramos-nos crescendo em tal sociedade e em tal posição social, com suas correspondentes vantagens e desvantagens, como quis nossa boa ou má sorte”¹⁵.

Para os liberais, a principal função da constituição é assegurar ao cidadão a possibilidade de assumir uma razoável consciência acerca da vida digna e de seus correspondentes objetivos. Portanto, sob a ótica liberal, a constituição é meio para garantir a consecução dos direitos fundamentais, inclusive contra os interesses da maioria.

A estrutura básica da teoria liberal de Rawls é rechaçada por MacIntyre, que contesta a ideia de pessoa como ‘indivíduo sem laços’ e que em nada acresce à finalidade de organização da sociedade. Contrapondo o sujeito autônomo de Rawls, MacIntyre defende um sujeito integrado, re-

¹⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 30.

¹⁵ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 84-5.

sultado de uma reconstrução social. Refere Alasdair Macintyre que o “projeto de fundar um tipo de ordem social, no qual os indivíduos possam se emancipar da contingência e particularidade da tradição, através do recurso a normas genuinamente universais e independentes da tradição, não foi e não é apenas, nem principalmente, um projeto de filósofos. Ele foi e é o projeto da sociedade liberal moderna e individualista, e as razões mais convincentes que temos para acreditar que a esperança de universalidade racional independente da tradição é uma ilusão, derivam da história desse projeto. Pois, no curso dessa história, o liberalismo que começou como um apelo a supostos princípios de racionalidade compartilhada, contra o que se considerava a tirania da tradição, foi transformado em tradição cujas continuidades são parcialmente definidas pela interminabilidade do debate de tais princípios. Essa interminabilidade que, do ponto de vista do liberalismo nascente, era um grave erro a ser remediado o mais rápido possível, tornou-se, pelo menos aos olhos de alguns liberais, um tipo de virtude”¹⁶.

Nesse contexto, os direitos humanos, conforme a fundamentação político-filosófica, podem ser inseridos no plano do indivíduo (a prioridade, para os liberais, está nos direitos individuais, que antecedem qualquer forma de determinação coletiva) ou ampliados em relação a comunidades concretas (a prioridade, para os comunitaristas, está na forma de vida comunitária).

3 UNIVERSALISMO, RELATIVISMO E MULTICULTURALISMO

Da doutrina liberal surge o *universalismo*, que reivindica a igualdade de direitos de qualquer indivíduo enquanto tal, com liberdade para se subscrever ou assumir um determinado contexto étnico, cultural ou político, bem como fundamenta a sociedade política e suas instituições sobre

¹⁶ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2001, p. 361.

a vontade dos sujeitos associados - os cidadãos. Esta afirmação de uma individualidade liberada de qualquer marco social e cultural de pertença, assim como a igualdade básica entre os homens, fundada na racionalidade comum, é um pressuposto da afirmação transcultural dos direitos humanos e da possibilidade de estabelecer um marco comum de convivência num mundo cada vez mais unificado em virtude dos desenvolvimentos tecnológicos, a inter-relação dos processos econômicos e os meios de comunicação¹⁷. Bauman, a propósito, considera que o multiculturalismo tende a legitimar formas de autoritarismo político e de conservadorismo social, correndo o risco de “transformar a multiculturalidade num multicomunitarismo”¹⁸.

A doutrina comunitarista dialoga com o *relativismo* e o *multiculturalismo*. Os relativistas sustentam inexistir uma moral universal, já que a noção de direitos humanos irá variar de cultura para cultura, sendo influenciada pelo sistema político, econômico, social e cultural de cada sociedade.

Para a doutrina relativista, as sociedades adotam diferentes sistemas de crenças morais dependendo de sua história, tradições, circunstâncias geográficas e visões de mundo - não existindo modo de julgá-las, pois não há critério objetivo e universal avaliável para tal propósito. Apesar disso, os relativistas admitem que diferentes sistemas de crenças às vezes podem convergir e concordar com um corpo de valores, o que seria mera coincidência e não implica um consenso, ou que existam crenças que ultrapassam as culturas e são ditadas pela natureza humana, ou verdade universal¹⁹.

Ferrajoli²⁰ provoca: o universalismo é compatível, no sentido lógico-formal da quantificação universal dos sujeitos aos quais os direitos fundamentais são imputados, com o multiculturalismo?

¹⁷ ECHEVERRÍA, Javier Peña. *Identidad comunitaria y universalismo*. Londrina: Crítica, v. 2, n. 5, out./dez. 1996, p. 5.

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade. A busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 127.

¹⁹ KRETSCHMANN, Ângela. *Universalidade dos direitos humanos e diálogo na complexidade de um mundo multicivilizacional*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 341.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 2. Bari: Laterza, 2007, p. 57.

Para o mestre italiano há um equívoco na base da crítica gerada por vários defensores do multiculturalismo ao universalismo dos direitos fundamentais, interpretado como uma enésima forma de imperialismo do Ocidente. Isso porque a expressão “universalismo” vem empregada no sentido *axiológico* de valor universal e, por isso, objetivo ou racional, ou, pior, no sentido *sociológico* da sua codivisão universal. Para o primeiro significado a tese da universalidade é uma tese moral, enquanto que, para o segundo, é uma tese ideológica, empiricamente falsa. Se fossem estes os únicos significados de ‘universalismo’, a crítica da chamada ‘universalidade’ dos direitos fundamentais trazida pelas teses multiculturalistas encontraria uma porta aberta²¹.

No entanto, para Luigi Ferrajoli, a universalidade dos direitos fundamentais não apenas é compatível com o respeito das diferenças reivindicado pelo multiculturalismo, mas também representa a sua principal garantia. A uma, porque são os direitos fundamentais, em especial os direitos de liberdade, que garantem o igual valor de todas as diferenças pessoais, a começar por aquelas culturais. A duas, porque os direitos fundamentais, tal como consagrados pela experiência histórica do constitucionalismo, configuram-se como leis do mais fraco, em alternativa à lei do mais forte que vigeria na sua ausência²². Herrera Flores, em argumentação semelhante, defende a construção de uma cultura dos Direitos que abarque tanto a universalidade das garantias quanto o respeito pela diferença, criando um mundo interligado onde diálogo e convivência são uma constante²³. Boaventura Santos considera superada a discussão entre universalismo e relativismo, entendendo que as duas propostas são nocivas a uma

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 58.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 59.

²³ O autor fala do exemplo da fotografia, que salienta determinado ponto e, ao centrar o foco neste, exclui as demais imagens que o cercam. Ao final, tem-se que o excluído acaba por se tornar mais importante que o incluído. FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos Direitos Humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 155-7.

desejada concepção de direitos humanos que adote o papel de bandeira emancipatória, numa transformação cosmopolita. Para o autor, em lugar do universalismo, devem surgir diálogos interculturais sobre temas de interesse comum; e, em lugar do relativismo, o desenvolvimento de critérios que permitam distinguir as políticas progressistas das conservadoras²⁴.

O confronto, como se vê, passa pela compreensão da sociedade em face de situações particulares que convivem e se rechaçam, ou de situações universais que se agregam e produzem fenômenos universais.

4 UNIVERSALISMO COMO MODELO EFETIVO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, à época em que concebida (1948), contou 48 adesões. De lá para cá o avanço é notável, não se podendo deixar de reconhecer os pontos positivos do *universalismo*: atualmente são 193 os países signatários²⁵, sendo a Carta dos Direitos Humanos o documento mais traduzido do mundo²⁶. A partir da Declaração Universal desenvolveu-se um novo ramo do direito caracterizado como um direito de proteção: o 'Direito Internacional dos Direitos Humanos'. O processo de universalização dos direitos humanos iniciou a sua fase legislativa com a elaboração de pactos e tratados que trouxeram caráter realmente normativo aos direitos consagrados, e de avaliação e reafirmação dos princípios através de conferências mundiais sobre a matéria²⁷. Exemplo disso é o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (ICCPR: *International Covenant on Civil and Political Rights*), de 1966, cujo preâmbu-

²⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. *Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos*. Lua Nova - Revista de Cultura e Política, n.º 39. São Paulo: CEDEC, 1997, p. 105-124.

²⁵ Fonte: <<https://nacoesunidas.org/conheca/paises-membros/>>, acessado em junho de 2016.

²⁶ "From Abkhaz to Zulu": a Declaração dos Direitos Humanos foi traduzida para mais de 300 idiomas, conforme o seu site oficial, <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/WorldRecord.aspx>>, acessado em junho de 2016.

²⁷ HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. Introdução ao direito internacional dos direitos humanos. Disponível: <http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Manual_de_Direitos_Acesso_aos_Sistemas_global_e_Regional.pdf>, acessado em junho de 2016.

lo reitera a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, princípios já consagrados pela Declaração Universal, como o direito à vida (art. 6º), o direito a não ser submetido à tortura (art. 7º) e o direito a não ser submetido à escravidão ou à servidão (art. 8º), entre outros. Além disso, o Pacto elenca direitos que não constavam da Declaração Universal, como o direito à autodeterminação (art. 1º), o direito de não ser preso por descumprimento de obrigação contratual (art. 11) e o direito das minorias à identidade cultural, religiosa e linguística (art. 27).

É justamente a Declaração Universal de 1948 que traz o nexos entre direitos humanos e paz. De acordo com seu preâmbulo²⁸, devem ser assegurados como direitos fundamentais todos aqueles direitos vitais cuja garantia é condição necessária para a paz²⁹. Bobbio, sobre o tema, refere que o ideal da paz perpétua não pode ser perseguido senão por meio de uma progressiva democratização do sistema internacional, que não pode ser separada da gradual e cada vez mais efetiva proteção dos direitos do homem para além dos limites de cada estado. Nas palavras do mestre italiano: “Direitos do homem, democracia, paz, são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as

²⁸ Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum; considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão; considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla; considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades; considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso (...)”.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*, trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 107-8.

condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre indivíduos, entre grupos e entre aquelas grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados, mesmo que sejam democráticos com os próprios cidadãos”³⁰.

A garantia da paz, para Ferrajoli³¹, passa por três pontos fundamentais: (a) o monopólio jurídico da força, (b) o banimento das armas e dos exércitos e (c) a construção de uma esfera pública internacional. A primeira garantia tem como consequência a proibição da guerra, a fim de que o seu uso legítimo seja aquele consentido pela Carta da ONU: legítima defesa e ações de polícia, em nível local e supranacional. A segunda garantia está relacionada a um progressivo desarme generalizado, por meio de convenções internacionais rígidas sobre a proibição da produção, do comércio e da detenção de armas não destinadas ao exercício de funções de polícia. Ademais, em um estado de direito internacional, os exércitos, no sentido tradicional de forças armadas destinadas à guerra, são instituições ilícitas, já que são proibidas não somente a guerra, como também as armas das quais eles fazem uso. A terceira garantia - construção de uma esfera pública internacional - tem o objetivo de assegurar os direitos vitais de todos: o art. 55 da Carta da ONU³² traz um nexo de implicação entre paz e segurança, de um lado, e desenvolvimento econômico e social, pleno emprego e garantia dos direitos humanos, de outro.

Não há dúvida de que a Carta da ONU proporcionou um embasamento legislativo às lutas políticas em prol dos direitos vitais, cujo processo permitiu a formação de um sistema normativo internacional de direitos humanos. Como refere Sikkink, “o Direito Internacional dos Direitos

³⁰ BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. Torino, Einaudi, 1990, p. 254.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 521.

³² Art. 55 da Carta da ONU: “Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo raça, sexo, língua ou religião”.

Humanos pressupõe como legítima e necessária a preocupação de atores estatais e não-estatais a respeito do modo pelo qual os habitantes de outros Estados são tratados. A rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados”³³. E acrescenta: “Os direitos individuais básicos não são do domínio exclusivo do Estado, mas constituem uma legítima preocupação da comunidade internacional”. Esta ‘perspectiva de democracia global’, para Richard Falk, continua a ser o objetivo geral primordial de todos aqueles que se encontram empenhados em construir um governo humanista para todos os povos do planeta³⁴.

Exemplo dessa perspectiva de proteção universal dos direitos humanos foi a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI). Uma vez consagrados os bens jurídicos a serem universalmente tutelados, e estabelecidas, por consequência, as infrações internacionais passíveis de afetar a comunidade global como um todo, mostrou-se necessária a instituição de uma corte penal internacional de caráter permanente e autônomo, como forma de prevenir e reprimir crimes que, em face da sua especial gravidade, “constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da Humanidade”³⁵. Em termos preventivos, o TPI inibe a repetição de crimes contra a humanidade cometidos no passado³⁶ (função preventiva geral negativa), além de restabelecer a credibilidade da lei penal internacional³⁷ (função

³³ SIKKINK, Kathryn. *Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America*. In: *International Organizations*, Massachusetts, IO Foundation e Massachusetts Institute of Technology, 1993, pp. 413 e 441.

³⁴ Para o autor, “o futuro permanece aberto a um amplo espectro de possibilidades, incluindo as diretamente relacionadas com a governação humanista global. A história internacional recente, associada ao final pacífico da Guerra Fria e a luta bem sucedida contra o colonialismo, confirmou que os desfechos positivos ou desejáveis ocorrem mesmo quando a maioria dos instrumentos de análise nos fazem crer que esses resultados são praticamente impossíveis”. FALK, Richard. *Globalização Predatória - uma crítica*. Lisboa: Edição Instituto Piaget, 2001, p. 300-2.

³⁵ Preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

³⁶ “Tendo presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da Humanidade (...)”. Preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

³⁷ “Decididos a garantir o respeito duradouro pela efetivação da justiça internacional (...)”. Preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

preventiva geral positiva); em termos repressivos, a Corte tem o objetivo de buscar a responsabilização penal de agentes aos quais se imputa a prática de graves violações a direitos humanos, sanando eventuais falhas atribuídas a tribunais nacionais, os quais, muitos sem qualquer tipo de imparcialidade, deixam impunes certas autoridades estatais³⁸.

Como decorrência do universalismo surge o *princípio da universalidade da jurisdição*: em casos de graves violações de direitos fundamentais, a competência para processar e julgar passaria aos tribunais nacionais, independentemente da existência de institutos clássicos como a territorialidade penal, a nacionalidade do acusado ou a existência de foros especiais por prerrogativa de função. Trata-se de importante garantia, sem a qual o direito internacional dos direitos humanos perde a sua efetividade.

5 CONCLUSÃO

Os ideais kantianos de um direito cosmopolita e de uma república mundial fundada na razão³⁹ conformam o ponto de partida da concepção universalista da ordem pública, diluindo o poder dos Estados e fazendo com que a atenção aos direitos humanos ganhe contornos globais.

É por isso que um número considerável de Estados adotou, em geral com limitações, um princípio que permite o exercício da jurisdição em relação a atos de não nacionais, nos quais as circunstâncias, incluindo a natureza do crime, justificam sua repressão como questão de política pública internacional⁴⁰.

³⁸ “Afirmando que os crimes de maior gravidade que afetam a comunidade internacional no seu conjunto não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas a nível nacional e do reforço da cooperação internacional; decididos a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes; relembando que é dever de todo o Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais (...)”. Preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

³⁹ Nesse sentido: KANT, Immanuel. *A paz perpétua...*, op. cit.

⁴⁰ Sobre o tema: JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito Internacional Penal. Mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 102-3.

Na Assembleia-Geral da ONU realizada em Nova York em 15 de outubro de 2010, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) lançou declaração oficial no sentido de que todos os Estados têm a obrigação de estabelecer a jurisdição universal sobre violações graves em seu próprio mandato judicial⁴¹. O princípio da jurisdição universal acarreta a não aplicabilidade das limitações legais em relação aos crimes que afetam a própria humanidade, superando o clássico princípio da territorialidade penal. Essa jurisdição universal é compartilhada entre os Estados, de modo que qualquer deles pode processar os responsáveis pelas violações aos direitos humanos⁴². O Tribunal Penal Internacional encaixa-se neste novo modelo de ‘concepção universalista’, admitindo-se o exercício da jurisdição penal além da esfera pública estatal.

A proteção dos direitos fundamentais mostra-se como o pressuposto garantista para um modelo de democracia cosmopolita, que implica não apenas o ‘direito’ como também a ‘garantia dos direitos’. Se o ‘estado constitucional de direito’ caracteriza-se pela rígida subordinação da própria lei a uma lei superior, que é a constituição, no âmbito internacional

⁴¹ “O CICV acolhe com satisfação o interesse do Sexto Comitê e da Secretaria-Geral com relação ao alcance e à aplicação do princípio da jurisdição universal. Este assunto é altamente relevante para a aplicação efetiva do Direito Internacional Humanitário. Portanto, o CICV tem um interesse especial sobre esse assunto. Hoje, gostaríamos de lembrar brevemente aos Estados-Membros os princípios que regem o exercício de jurisdição sobre graves violações ao Direito Humanitário, isto é, crimes de guerra. Por mais de 60 anos, as Convenções de Genebra de 1949 pedem aos Estados que estabeleçam e exercitem a jurisdição universal sobre as violações graves definidas nestas Convenções. (...) Para o CICV, é encorajador ver que vários Estados incluíram essas obrigações em suas legislações nacionais. Essas leis não ficaram apenas no âmbito teórico. Vários suspeitos foram processados em tribunais nacionais em diversos Estados por violações graves com base na jurisdição universal. Mas todos os Estados têm a obrigação de implementar fielmente as Convenções de Genebra e de estabelecer a jurisdição universal sobre violações graves em seu próprio mandato judicial. Lamentavelmente, este ainda não é o caso hoje”. Disponível em: <<http://www.icrc.org/por/resources/documents/statement/UNITED-nations-universal-jurisdiction-statement-2010-10-15.htm>>, acessado em junho de 2016.

⁴² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International law for humankind: towards a new jus gentium (I): general course on public international law*. Haia: Martinus Hijhoff Publishers, 2005, p. 435. O autor faz referência ao caso Dusan Tadic, julgado pelo Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, no qual foi afirmado que os crimes que levaram à criação daquela Corte *ad hoc* ultrapassavam a natureza puramente nacional, constituindo verdadeira violação do ‘direito internacional’ e do ‘direito internacional humanitário’ que transcende o interesse de qualquer Estado, que não poderia se amparar em seus direitos soberanos, que não podem e não devem prevalecer sobre o direito da comunidade internacional de enfrentar de modo adequado as condutas que afetam a toda a humanidade e chocam a consciência de todas as nações do mundo.

esta sujeição deve se dar em relação àquele *'embrião constitucional do mundo'*: a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e os dois Pactos sobre Direitos Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais (1966)⁴³. Isso, somado ao caráter universal da jurisdição, consolida o paradigma garantista no âmbito do direito internacional.

O ideal da paz perpétua somente poderá ser perseguido com transformações político-sociais no interior de cada Estado e também entre os Estados, de forma a alcançar-se, progressivamente, a democratização de todo o sistema internacional. O respeito ao *'direito internacional dos direitos humanos'*, ou seja, a tutela dos direitos fundamentais para além dos limites territoriais de cada nação, é condição para a efetiva construção de um estado pacífico.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade. A busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. Torino, Einaudi, 1990.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International law for humankind: towards a new jus gentium (I): general course on public international law*. Haia: Martinus Hijhoff Publishers, 2005.

COSTA, Maria de Fátima Machado da. *Michael Walzer: A Teoria da Guerra Justa e o Terrorismo*. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Universidade do Minho, Braga, 2005.

ECHEVERRÍA, Javier Peña. *Identidad comunitaria y universalismo*. Londrina: Crítica, v. 2, n. 5, out./dez. 1996.

FALK, Richard. *Globalização Predatória - uma crítica*. Lisboa: Edição Instituto Piaget, 2001.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 487.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais, trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia, vol. 2. Bari: Laterza, 2007.

FLORES, Joaquín Herrera. A (re)invenção dos Direitos Humanos. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GONÇALVES, Gisela. Comunitarismo ou liberalismo? Universidade da Beira Interior, Covilhã, Portugal, setembro de 1998, disponível em <<http://bocc.ubi.pt/pag/goncalves-gisela-COMUNITARISMO-LIBERALISMO.html>>, acessado em junho de 2016.

HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. Introdução ao direito internacional dos direitos humanos. Disponível em: <http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Manual_de_Direitos_Acesso_aos_Sistemas_global_e_Regional.pdf>, acessado em junho de 2016.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Direito Internacional Penal. Mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. A paz perpétua e outros opúsculos. Lisboa: Edições 70, 2004.

KRETSCHMANN, Ângela. Universalidade dos direitos humanos e diálogo na complexidade de um mundo multicivilizacional. Curitiba: Juruá, 2008.
MACINTYRE, Alasdair. Justiça de quem? Qual racionalidade? 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2001.

RAWLS, John. O liberalismo político. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

_____. O Direito dos Povos. São Paulo: Martins fontes, 2001.

_____. Uma teoria da justiça. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. Lua Nova - Revista de Cultura e Política, n.º 39. São Paulo: Cedec, 1997.

SIKKINK, Kathryn. Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America. In: International Organizations, Massachusetts, IO Foundation e Massachusetts Institute of Technology, 1993.

WALZER, Michael. Nation and Universe, in Grethe B. Peterson (ed.), The Tanner Lecture on Human Values, Salt Lake City: Utah University Press, 1990.

_____. Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad. Notre Dame: Notre Dame University Press, 1994.

_____. As Esferas da Justiça: Em Defesa do Pluralismo e da Igualdade. Trad. Nuno Valadas. Lisboa: Editorial Presença, 1999.

_____. Michael. Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations. New York, Basic Books, 2000.

O PENSAMENTO DE SEYLA BENHABIB QUANTO AO COSMOPOLITISMO E O DIREITO DOS POVOS

André Filipe de Moura Ferro

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo foi preparado para a disciplina de Filosofia Intercultural e Teoria Crítica dos Direitos Fundamentais como trabalho de conclusão da disciplina.

O tema do trabalho será a análise de Seyla Benhabib às teorias de cosmopolitismo de Emmanuel Kant e de Direito dos Povos de John Rawls sobre os movimentos humanos entre fronteiras. O recorte será o posicionamento de Seyla Benhabib no livro *The Right of Others* quanto às elaborações sobre migrações e direito de migrar nas obras *A Paz Perpétua* de Emmanuel Kant e *Direito dos Povos* de John Rawls. Dessa forma, almeja-se discorrer sobre as críticas propostas a essas teorias.

O trabalho iniciará com as formulações de Benhabib sobre o cosmopolitismo kantiano, em especial o direito de residência temporária e de não devolução. Em seguida, se debruçará sobre as críticas ao Direito dos Povos de John Rawls, por visionar as sociedades como completas e fechadas, dotadas também de um direito qualificado de restringir as imigrações. Será dado destaque à oposição de Benhabib ao pensamento apontado como tanto estadocentrico quanto pouco convincente na separação entre povos e Estados da teoria Rawlsiana, concluindo com a comparação da autora entre o cosmopolitismo e o Direito dos Povos.

2 DESENVOLVIMENTO

O presente trabalho se debruça sobre a crítica de Benhabib aos entendimentos dos filósofos Kant e Rawls quanto a migrações.

Benhabib inicia sua análise sobre Kant discorrendo sobre os três níveis de relações de direito na teoria kantiana. O primeiro é o Direito de um Estado, que é o nível de relações de direito entre pessoas dentro de um Estado. O segundo o Direito das Nações que seria justamente entre os Estados. Por último o Direito para todas as Nações ou o Direito Cosmopolita, relativo às interações entre pessoas e Estados estrangeiros. O último nível é o analisado por Benhabib.

O direito cosmopolita kantiano é delimitado à condição de hospitalidade universal, que seria o direito de não ser tratado com hostilidade quando sob a soberania estrangeira.

Para Benhabib, a hospitalidade cosmopolita kantiana não é uma benfeitoria ou generosidade, mas sim um direito dirigido a todos os homens. A hospitalidade embasa uma reivindicação de residência temporária do estrangeiro que não poderá ser recusada se esse impedimento gerar a destruição do requerente. Exemplos de titulares desse direito de não rechaço seriam as vítimas de guerras religiosas, de pirataria e de naufrágios.

Ainda, na filosofia de Kant seria injusto negar ao outro que desfrute da terra e de seus recursos se esse outro o pode fazer pacificamente e sem colocar em perigo a vida e o bem estar dos habitantes anfitriões.

O direito de residência temporária tem por fundamentos na obra a Paz Perpétua tanto a capacidade humana de se associar quanto a posse comum da humanidade de toda a superfície da terra.

Kant afirma que como a terra é finita e esférica, não permitindo aos indivíduos expandirem e se distanciarem uma das outras ilimitadamente, os homens deveriam se suportar, considerando que “ninguém tem mais direito do que o outro a estar num determinado lugar da terra” (KANT. 2008) e toda a humanidade tem a posse comum da superfície do planeta.

Esse último fundamento é criticado por Benhabib. Considerando que toda a terra foi apropriada, não há como os demais reivindicarem sua

posse, se levado em conta que as comunidades podem se defender contra aqueles que pretendem ingressar em seu território. Conclui a autora, que reivindicação de posse comum da terra acaba por pouco contribuir para embasar o direito cosmopolita.

Prossegue a autora, a afirmar que a condição esférica do planeta não é uma premissa justificatória, o que cairia em falácia naturalista, mas sim uma circunstância da justiça, uma realidade objetiva inevitável que limita as atuações humanas.

O que fundamenta o direito cosmopolita é, na verdade, o princípio da liberdade exterior, e não a condição esférica da terra, segundo Benhabib. O exercício dessa liberdade gera a necessidade do homem de cruzar fronteiras e se relacionar com outros homens de outras terras e de outras culturas.

A elaboração moral de Kant, de que os estados não podem se recusar a receber os estrangeiros caso as coloquem em risco de destruição, foi absorvida para o âmbito jurídico por intermédio do princípio da não devolução, expresso no estatuto dos refugiados da ONU de 1951. Conforme o princípio, os estados não podem expulsar ou rechaçar o refugiado e o requerente de asilo ao país de origem se seu retorno tiver a potencialidade de lhe colocar em perigo a vida ou a liberdade.

Na elaboração kantiana, o direito universal de hospitalidade é endereçado a todos os homens e impõe uma obrigação moral imperfeita de socorrer e oferecer abrigo àqueles cuja vida, integridade e bem estar está em perigo.

A obrigação é imperfeita por permitir exceções, como também pode ser afastada integralmente com base na autopreservação. Seyla Benhabib deduz que não há obrigação de conceder abrigo se o cumprimento dessa obrigação colocar em risco a vida e a integridade do concedente.

A Autora defende que o cosmopolitismo embasa o direito do estrangeiro á busca estritamente pacífica pelos meios de vida em terri-

tório de outra soberania. Relacionando o direito de permanência temporária e o de residência permanente no cosmopolitismo kantiano, Benhabib deduz que a residência permanente não seria um direito, mas sim um privilégio, um contrato de beneficência.

O horizonte kantiano na compreensão de Benhabib é de um mundo no qual todos os homens são partícipes da ordem civil e ingressam em uma condição de associação normativa uns com os outros. Essa condição não equivaleriam a ser membro ou cidadão, esses dois últimos status exigiriam e estariam restritas ao pertencimento a uma república singular.

Enaltece a autora que o legado kantiano aponta o cosmopolitismo como um direito fundado na igual humanidade e na liberdade de todas as pessoas, garantindo o decorrente direito ultrapassar seu ambiente cultural, religioso e étnico original.

Mais adiante, a Seyla Benhabib analisa o pensamento de John Rawls, apontado pela autora como estadocêntrico e insuficiente para as questões sociológicas e normativas das migrações.

Na teoria ideal de Rawls as sociedades democráticas seriam um sistema completo e fechado. Assim, cria-se um modelo hipotético na qual os povos seriam autosuficientes por serem capazes de satisfazer as principais necessidades e propósitos humanos, e seu ingresso seria apenas com o nascimento e a saída com a morte (RAWLS. 2004).

Rawls reconhece que as fronteiras podem ser arbitrárias historicamente, mas seria função relevante dos governos de controle do território e do “tamanho de sua população” (RAWLS. 2004) e que os povos possuiriam o direito qualificado de restringir os fluxos migratórios

Ao considerar os povos como uma unidade para a teoria da justiça, Rawls distancia-se do cosmopolitismo kantiano, conforme Benhabib. Enquanto a inovação de Kant remete o domínio das relações de justiça no campo internacional a todos os homens como pessoas morais e membros de uma sociedade global na qual podem, por si mesmos, interagir com os

demaís, para Rawls são os povos, e não os indivíduos, os sujeitos dessas relações intercomunitárias. Conclui Benhabib que, para Rawls, os indivíduos são membros dos povos e não cidadãos cosmopolitas.

A forma ideal das sociedades para Rawls é o povo liberal e aponta três elementos essenciais da categoria: governo constitucional razoavelmente justo, cidadãos unidos por afinidades comuns e natureza moral. O primeiro elemento corresponde a um governo sob controle político e eleitoral do povo e que responde e defende os interesses fundamentais do povo. Quanto às afinidades comuns, Rawls reconhece que as migrações e dominações históricas não permitem uma completa homogeneidade dos indivíduos que compõem um povo. Por último, por caráter moral o autor entende que os povos liberais são razoáveis e racionais, ofertam termos justos de cooperação e honram esses termos se houver reciprocidade.

Para Rawls os povos não possuem soberania no sentido tradicional, aqui enfatizado o poder de guerrear para atingir finalidades políticas estatais, como também restringem-se à razoabilidade ao perseguir seus interesses básicos

Benhabib enfatiza que na teoria rawlsiana os povos, no lugar dos estados, são os atores morais e sociológicos na argumentação quanto à justiça em escala global, entretanto sua distinção entre povos e estados não lhe é convincente. Para a autora, apenas o Estado Moderno pode ter um governo constitucional justo e democrático. Quanto à soberania, Benhabib, distingue entre soberania interna do Estado sobre sua população e a soberania externa de declarar guerra a outra soberania e ambas estariam subordinadas ao Direito dos povos.

Nessa concepção, a soberania para ser legítima dependeria do cumprimento de princípios, entre eles honrar os direitos humanos e instigar a guerra apenas em autodefesa. Apesar de considerar louvável esses princípios, Benhabib entende que é incoerente imaginar um governo constitucional do povo sem alguma forma de soberania territorial. Adi-

ciona a autora que os povos não podem observar tratados e compromissos, não instigar a guerra e honrar os direitos humanos sem considerar os povos de forma organizada e circunscrita territorialmente, com todo o aparato de um Estado moderno, incluindo nesse aparato um exército permanente e instituições judiciárias e administrativas.

O último critério de natureza moral é o mais enfaticamente antagonizado por Benhabib. Para ela, Rawls tem um entendimento holístico liberal-nacionalista dos povos. Nesse entendimento, os povos teriam fronteiras e valores claros e delineados, além de serem possuidores de uma visão moral coerente, deixando de fora dessa concepção todas as fraturas internas de classe, gênero, etnicidade e religião.

Compreender os povos como entes homogêneos caracterizados por identificáveis e claras afinidades comuns e natureza moral, é para Benhabib sociologicamente errado, ignora os conflitos intra-estatais é hostil aos excluídos dos povos que refutarem as hegemonias e às coletividades que não encontram voz ou representatividade às suas culturas dentro dos estados em que estão confinados.

Prossegue a autora que a assumir que os indivíduos ingressam na sociedade ao nascer e só saem com a morte e que, ainda, dentro dessa sociedade os indivíduos tem uma vida completa está fora de compasso com a história e é incompatível com outras premissas do liberalismo rawlsiano.

Considerando a capacidade moral das pessoas de formularem e perseguirem uma concepção independente de bem, como também a capacidade de possuírem um senso de justiça e ainda a capacidade de se dedicarem à cooperação mútua, Benhabib a firma que cada uma dessas essências podem levar os indivíduos a se chocarem com a percepção de sociedades democráticas completas e fechadas e desejarem sair do povo em que está inserido e se filiar a outro povo.

A faculdade moral de ter uma concepção do bem implicaria no direito de sair de sua sociedade. Portanto, a emigração deveria ser uma liberdade fundamental na teoria rawlsiana, deduz Benhabib. Conclui a autora que uma sociedade completa e fechada é incompatível com as concepções liberais de pessoas e de suas liberdades.

Prossegue a autora que as pessoas nas sociedades liberais terão múltiplas e possivelmente conflitantes concepções de bens que não se limitam ou não se encaixam no povo que está inserido, inclusive terão conexões sobrepostas e parciais com diferentes comunidades quanto as as suas afinidades e naturezas morais. Seria uma forma de pluralismo intergrupos, enquanto que Rawls reconhece o pluralismo razoável apenas no âmbito interno do povo. Esses são pontos cruciais do pensamento de Benhabib.

Partindo das mesmas premissas que Rawls, ela desbanca a concepção de sociedades democráticas ideais como enclausuradas, autosuficientes e capazes, por si só, de darem uma vida plena aos seus membros. Os indivíduos na sociedades ideais de Rawls seriam desinteressados em ir mais além e serem cidadãos do mundo. Se os cidadãos são livres por entenderem a si próprios como indivíduos e por serem dotados do poder moral de terem uma concepção do bem própria, então os cidadãos são também livres para perseguirem essa concepção do bem para além dos limites das sociedades em que originariamente foram inseridos.

Para Benhabib, migração não é entendida como um aspecto da Lei dos Povos. Rawls considera os movimentos migratórios como descontínuos e não essenciais à vida dos povos e dos indivíduos que as compõem. As condições e a permissões desses movimento entre fronteiras seriam periféricos ao avaliar as sociedades como liberais, decentes não-liberais, oneradas ou foras da lei.

Rawls entende que os povos têm o direito qualificado de limitar as imigrações. A primeira justificativa para essa limitação, leciona Benhabib,

seria o argumento da tragédia dos comuns. No Direito dos Povos o governo do povo é o agente representativo e eficaz que toma a responsabilidade pelo seu território como também pelo controle populacional, sob pena de deterioração desse território. Nessa linha Rawls defende que devem existir fronteiras de algum tipo. Em contrário, Benhabib entende que a circulação de pessoas, bens e serviços entre fronteiras são altamente benéficas às economias de livre mercado, conclamando haver evidências empíricas suficientes para embasar esse entendimento.

A segunda razão para limitar a imigração em Rawls é proteger sua cultura política e seus princípios constitucionais. Benhabib levanta as seguintes perguntas: por que Rawls assume que os imigrantes são uma ameaça, desobedientes e exóticos, não propensos à assimilação ou incorporação à cultura e o modo de vida do país receptor, quais são os eventos históricos em que os imigrantes destruíram a cultura política de um país ao invés de transformá-la?

A autora defende que ao invés de lesar a cultura política e sua constituição, os imigrantes as revitalizam e as aprofundam. Um dos exemplos usados por Benhabib são as migrações de intelectuais aos Estados Unidos da América que transformam e prosperaram suas universidades e academias no pós segunda guerra.

Relevante ainda ao tema das migrações, Rawls aponta a obrigação dos povos bem ordenados de assistir as sociedades sobrecarregadas por condições desfavoráveis. Para o autor, as sociedades oneradas, embora não hostis, são desprovidas de tradições políticas e culturais, como também do conhecimentos e dos meios humanos e materiais para se tornarem bem ordenadas.

Esse dever de assistência com as sociedades oneradas possuem três diretivas. A primeira diretiva é uma sociedade bem ordenada não é necessariamente abundante em patrimônios. A próxima diretiva é que a cultura política é determinante para que a sociedade alcance a condi-

ção de bem ordenada. A última diretiva é que o horizonte da assistência é contribuir para que as sociedades oneradas administrem seus próprios negócios racional e razoavelmente e alcancem o status de povos bem ordenados (RAWLS, 2004).

Na compreensão de Benhabib, existe na teoria rawlsiana a elaboração de uma justificativa para que as nações que contribuem com as sociedades onerosas possam impor pesadas restrições ao ingresso de imigrantes. A Autora, em contrário, afirma que as democracias liberais tem tanto uma obrigação moral de receber migrantes, refugiados e requerentes de asilo, como também uma obrigação jurídica, em vistas dos tratados internacionais sobre esses tema.

Na utopia realista do Direito dos Povos as pressões migracionais seriam solucionadas. Em uma sociedade global de povos liberais e decentes inexistiria opressão religiosa, étnica ou política e as desigualdades de finhariam e o problema da imigração estaria eliminado (BENHABIB. 2004).

Em oposição, Benhabib afirma que nesses termos os povos se tornariam inexpressivos, desinteressados em mesclar e interagir com os outros. Seria uma visão estática e monótona de indivíduos indiferentes e auto-satisfeitos.

Conclui Benhabib que Rawls diverge da doutrina cosmopolita kantiana por entender que os povos, e não os indivíduos, são os agentes políticos e morais da sociedade global. Prossegue que a teoria não distingue convincentemente povos de estados e que o direito cosmopolita é sacrificado em nome segurança e dos interesses próprios.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho permite visitar de forma abreviada as construções filosóficas sobre os direitos entre fronteiras dos indivíduos tando de Kant, que coloca o homem como sujeito de um direito cosmopolita e sujeito de direitos e deveres frente às comunidades estrangeiras, quanto de Rawls

no qual os povos são a unidade dessas relações, dotados do direito qualificado de restringir imigrações.

Benhabib exalta o cosmopolitismo kantiano ao conferir aos homens migrantes o direito moral de não serem tratados com hostilidade sob a soberania estrangeira, como também o direito de residência temporária e de não serem rechaçados se isso levar a sua destruição.

Em outra frente, a autora entende que Rawls não segue o caminho pavimentado pela filosofia cosmopolita kantiana e elabora, a partir de um exercício mental na qual as sociedades constitucionais e democráticas são fechadas e completas, princípios que deveriam governar essas sociedades. Assim, Rawls empurra para a periferia do Direito dos Povos a migração e a vida cosmopolita, entendendo que os povos tem o direito qualificado de restringir fluxos imigratórios e que as migrações seriam resolvidas com a assistência às sociedades oneradas e finalmente com a utopia realista na qual todos os povos seriam bem ordenados e os indivíduos não sentiriam mais a necessidade de migrar.

Partindo das mesmas premissas de que o humano tem liberdade e a faculdade moral de ter uma concepção do bem, Benhabib conclui por um pluralismo que transcende os limites dos povos e que o direito de perseguir sua própria concepção do bem pressupõe o direito de deixar a comunidade que originalmente compôs e aderir a uma nova comunidade mais compatível com suas afinidades e natureza moral, nessa linha um pluralismo dos homens para além dos povos.

A autora ainda rebate as argumentações de Rawls que intentam justificar restrições ao ingresso de imigrantes alegando que, na verdade, os imigrantes transformam e enriquecem a cultura política e os princípios constitucionais e que é uma obrigação moral dos povos liberais em receber os migrantes, como também uma obrigação jurídica dos signatários de tratados internacionais.

Por fim, Benhabib conclui que a utopia realista do Direito dos Povos visionada por Rawls de povos bem ordenados e fechados, presumiria povos monótonos, auto-satisfeitos e desinteressados com a diferenças e de interagir com os outros.

REFERÊNCIAS

BENHABIB, Seyla. The Law of Peoples, Distributive Justice, and Migrations. Ford- ham Law Review, n. 72.5, p. 1761-1788, 2003-2004.

_____. The Right of Others. 1ª ed. - Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

ESTATUTO dos Refugiados. Convention Relating to the Status of Refugees. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/3b66c2aa10>>. Acesso em 18 ago. 2016.

KANT, Emmanuel. A Paz Perpétua. 1ª ed. - L&PM Editores: São Paulo, 2008. RAWLS, John. O Direito dos Povos. Martins. 1ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. O Liberalismo Político. 1ª ed. - São Paulo: Editora Ática, 2000.

_____. Uma teoria da Justiça. 1ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MEZZAROBBA, Orides. Manual de metodologia da pesquisa do direito. 1ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2003.

UMA ANÁLISE DA TEORIA DA JUSTIÇA CONSAGRADA POR JOHN RAWLS FRENTE AO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO – POSSIBILIDADE JURÍDICA DE APLICAÇÃO DE SUA TEORÍA FRENTE E A HIPOTESE DE UMA NOVA CARTA CONSTITUCIONAL

Andrey Luiz Paterno¹

1 INTRODUÇÃO

Em sua melhor obra, John Rawls traz uma concepção de justiça partindo da premissa da igualdade de todos os membros de uma sociedade, onde os mesmos partem de uma posição original, marcados pela ignorância dos membros da sociedade, buscando princípios básicos para todos e minimizar as desigualdades sociais.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar se a teoria de John Rawls pode ser utilizada em paradigma com o direito tributário, bem como tentando minimizar os reflexos perversos da tributação brasileira.

Neste diapasão, para tratar do tema, optou-se em dividir este trabalho em três capítulos, sendo o primeiro destinado ao estudo da teoria da justiça de John Rawls.

No segundo capítulo, adentrou-se nos princípios da teoria da justiça.

Por fim, no terceiro capítulo o foco foi a análise jurídica e a possibilidade de utilização da teoria da justiça de Rawls na atualidade do sistema tributário nacional ou mesmo de forma paradigma analisar se a teoria da justiça seria aplicável ao direito tributário pátrio.

E, por derradeiro, foi explanada a conclusão do artigo, em vista das disposições trazidas e a forma constitucionalmente adotada pela Constituição Federal de 1988.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, andreypaterno@hotmail.com

Para tanto, foi empregado o método indutivo de pesquisa e pesquisa bibliográfica.

2 DA TEORIA DA JUSTIÇA ADOTADA POR JOHN RAWLS

Atualmente é até certo ponto difícil indicar/definir o que é justiça.

Justiça para o dicionário Aurélio significa:

1. Conformidade com o direito; a virtude de dar a cada um aquilo que é seu.
2. A faculdade de julgar segundo o direito e melhor consciência.
3. Conjunto de magistrados judiciais e pessoas que servem junto deles.
4. O pessoal dum tribunal.
5. P. ext. O poder judiciário (q. v.).
6. Fig. Magistratura (2).

Pois bem, ser justo é tratar em conformidade com o direito, bem como a virtude de dar a cada um aquilo que é seu.

Tal conceito é vago, mas ao mesmo tempo contempla uma linha de raciocínio lógico, podendo atribuir a justiça algo imparcial e que prestigie toda sociedade em um todo, amparando todas as contingências sociais.

Para Rawls (2008, p. 06), podemos analisar a concepção pública de justiça, senão vejamos:

Pode-se imaginar que a concepção pública da justiça como aquilo que constitui a carta fundamental de uma associação humana bem ordenada. (grifei)

Pois bem, pelo que tudo indica a justiça para a concepção pública seria marcada por normas fundamentais expostas em uma carta constitucional.

Ora, em uma análise fria e sem objetivos fundamentais poderia até certo ponto gerar notória violação a justiça almejada, pois, uma carta maior tem mesmo a força de trazer a justiça de forma correta para todos? Sem distinções ou mesmo injustiças?

Essa é a perspectiva de Rawls em seu livro, onde o mesmo traz uma teoria de justiça marcada pelo manto da equidade, tratando todos da mesma forma.

Assim sendo, o Autor traz uma concepção de justiça buscada em uma suposição de fatores, estes, partindo de uma posição original, marcada pela ignorância de conceitos e ambições da população, a fim de melhor atingir os fins almejados pelas cartas superiores, com a criação de princípios básicos a toda sociedade.

Vejamos o que Rawls menciona acerca da posição original, senão vejamos (RAWLS, 2008, p. 14-15):

É entendida como situação puramente hipotética, assim caracterizada para levar a determinada concepção de justiça. Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua classe ou seu status social; e ninguém conhece sua sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas do gênero. Os princípios da justiça são escolhidos por trás de um véu de ignorância. Isso garante que ninguém seja favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. Já que todos estão em situação semelhante e ninguém pode propor princípios que favoreçam sua própria situação, os princípios de justiça são resultantes de um acordo ou pacto justo.

As palavras mencionadas pelo Autor são belas, ou seja, parte da premissa que haveria uma sociedade cooperada e que seus membros visassem uma justiça partindo de uma posição original, sem nenhuma mácula ou mesmo conceitos e, assim, haveria uma busca equitativa pela criação de princípios básicos que fariam a sociedade mais justa e ao passo não haveriam disparidades sociais, uma vez que todos são iguais e os princípios seriam baseados em sua essência pela busca da perfeição da sociedade.

Assim sendo, o autor entende que aqueles que entram em cooperação social escolhem juntos, em um único ato conjunto, os princípios

que devem atribuir os direitos e os deveres fundamentais e determinar a divisão dos benefícios sociais (RAWLS, 2008, p. 14).

Logo, a partir de tais conceitos e fixações, John Rawls traça um conceito de justiça mais clássico, senão vejamos (RAWLS, 2008, p. 12):

Acredito que o conceito de justiça é definido, então, pelo papel dos seus princípios na atribuição de direitos e deveres e na definição da divisão apropriada das vantagens sociais.

Logo, conclui-se que a justiça é baseada em uma cooperação da sociedade, disposta a partir de uma premissa inicial, pautada na ignorância de bens, deveres, vantagens, sejam elas culturais, morais e demais, visando a construção de princípios básicos, a fim de atender toda a coletividade com equidade.

Agora, passa-se a análise dos princípios consagrados por John Rawls partindo da premissa da posição original, marcada pelo véu da ignorância.

3 DIS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA CONSAGRADOS POR JOHN RAWLS

Em sua obra John Rawls indica alguns princípios que se foram idealizados partindo da posição original haveria uma maior sintonia com a justiça e o convívio social.

Assim (Reis, 2011, p. 8):

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

Assim sendo, pode-se citar os dois princípios da justiça expostos por Rawls que seriam criados a partir da posição original, citando-se: **Primeiro:** cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja, compatível com um sistema similar de liberdade para as outras pessoas e o **Segundo:** 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 (b) como vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos.

Tais princípios são aplicados em primeiro lugar à estrutura básica da sociedade, regem a atribuição de direitos e deveres e regulam a distribuição das vantagens sociais e econômicas.

Além do mais, em um sociedade justa o primeiro princípio se sobrepõe sobre o segundo, sendo o primeiro marcado pelas liberdades políticas, de expressão e reunião, a liberdade de consciência e de pensamento e liberdade individual e o segundo se refere a distribuição de renda e riqueza, e de cargos de autoridade e responsabilidade, deve ser compatível tanto com as liberdades fundamentais quanto com a igualdade de oportunidade (RAWLS, 2008, p. 74-75).

Ainda, Rawls, (2008, p. 75) é enfático:

Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais do auto-respeito – devem ser distribuídos de forma igual, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores seja mais vantajoso para todos.

Assim, na aplicação básica da teoria de John Rawls haverá maior liberdade e oportunidade quando houver uma distribuição de renda e riqueza de forma igual, contudo, sem levar em consideração fatores extras de uma sociedade capitalista, compulsiva, materialista e marcada por grandes dificuldades sociais.

Frisa-se que é claro que a teoria da justiça parte de uma premissa de suposição e, com base nesta perspectiva é que será analisado o sistema tributário nacional.

Neste diapasão, sua teoria é de suma relevância e com grande influência na sociedade, mas, no caso, abaixo será demonstrado se tal teoria poderia ser aplicada em nosso sistema tributário nacional, bem como em uma sociedade já em andamento.

4 DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO AO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Conforme acima analisada, a teoria de justiça de John Rawls traz uma situação hipotética, marcada por uma suposição de que uma vida em sociedade cooperada seria mais justa se partíssemos da posição original, sem manchas ou mesmo vícios de uma sociedade, poderíamos criar princípios básicos a ser seguidos por toda coletividade.

Lindas palavras mencionadas pelo Autor, contudo, como aplicar tal tentativa de uma justiça igualitária em uma sociedade já marcada pelo descompasso de desigualdades sociais, disputa de forças, interesses e objetivos pessoas discrepantes.

Frisa-se que nossa Carta Constitucional foi concebida como a Constituição Cidadã, trazendo em seu bojo vários princípios tributários que asseguram uma tributação mais justa e uma repartição de receitas mais adequada, com a finalidade minimizar as diferenças sociais.

No caso, a visão de minimizar as diferenças sociais partiram da análise básica de uma sociedade decadente, em vista de uma superação de um regime militar marcado por grandes torturas, desigualdades sociais e até mesmo atrocidades a direitos humanos.

Pois bem, quando da criação da Constituição Federal de 1988, haviam inúmeros representantes escolhidos pelo povo, com objetivos no-

bres e criaram uma das melhores Cartas Constitucionais do Mundo, aplicando e tentando de forma clara minorar as desigualdades sociais.

Assim sendo, partindo da premissa da posição original, como podemos imaginar que haveria desigualdades sociais em uma sociedade seu vícios?

Ora, partindo da posição original todos seriam iguais, em direitos e liberdades, contudo, como indicar uma igualdade da coletividade se as pessoas não são iguais?

Embora as pessoas possam ser até um suposição iguais, podemos notar que com o passar dos dias, meses ou anos, em vista de suas atribuições, poderá haver pessoas que se sobreporiam a situação original, causando discórdia e superação desta teoria.

Assim sendo, pode-se dizer que todos são iguais, contudo, em vista de uma concorrência sadia ou até mesmo marcada por conflito de interesses ou mesmo por ambições diferentes, com certeza não conseguiria se manter os princípios estampados por John Rawls como ativos.

Tais princípios com certeza com o passar dos dias seriam superados por uma sociedade cíclica, que muda de acordo com as ambições das pessoas, bem como até mesmo com o caráter da sociedade.

Logo, posso dizer que a nossa Constituição Federal foi criada de uma forma mais justa, marcada pelo sufrágio universal e de forma democrática, elegendo as contingências de uma sociedade desigual, bem como visando minorar vários erros do passado, tentando distribuir os valores angariados com a carga tributária para toda sociedade de forma justa.

Calha destacar que com grande eficiência houve a criação do princípio da capacidade contributiva, estampando no art. 145, § 1º da Constituição Federal de 1988², logo, buscando pela premissa básica de que quanto mais se ganha em sociedade, mais se paga para auxiliar os menor favorecidos.

² Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...]

Amaro assim menciona sobre o respectivo princípio da capacidade contributiva, senão vejamos:

“O princípio da capacidade contributiva inspira-se na ordem natural das coisas: onde não houver riqueza é inútil instituir imposto, o mesmo modo que em terra seca não adianta abrir poço à busca de água”. (AMARO, 2015, p. 163).

Ressalta-se, outrossim que:

“A capacidade contributiva é princípio que serve de critério ou de instrumento a concretização dos direitos fundamentais individuais, quais sejam, a igualdade e o direito de propriedade ou vedação do confisco”. (BALEEIRO, 2005, p. 689).

Pois bem, após a análise acima, pode-se observar que o princípio da capacidade contributiva visa de forma clara minimizar as desigualdades sociais em uma sociedade com contingências, diferente das premissas postas por Rawls.

As diferenças são baseadas basicamente na disparidade existente entre pessoas, embora iguais, pode-se afirmar que com o passar dos anos ou mesmo até por aptidões, as pessoas possuem diferentes ambições, sonhos e buscam novas filosofias de vida, logo, por si só a sociedade traria uma disparidade de interesses na busca da satisfação pessoal.

5 CONCLUSÃO

Em sua obra Rawls menciona de forma clara que a posição original parte de uma premissa hipotética, contudo, tal premissa não é eficaz, pois pode-se até imaginar um Estado criado com uma norma que partiria de pessoas idênticas, contudo, com o passar dos anos as cartas superiores

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.
[...]

demonstram estar superadas, ensejando novas Constituições com o objetivo de minorar disparidades sociais.

Urge salientar, ainda, que a teoria de justiça adotada por John Rawls é superada pela realidade existente, pois, impensável que mesmo em uma sociedade que há pessoas iguais haveria uma sintonia lógica nos princípios idealizados.

Até pode-se dizer que mesmo as pessoas sendo iguais, com o passar dos anos os mesmos indivíduos iguais passam a modificar as suas ambições, bem como pelas suas diferenças de aptidões, causariam grave injustiça na sociedade e disparidade social entre seus membros.

Ressalta-se, outrossim, que a teoria da justiça de Rawls em uma sociedade em andamento e plenamente viável como a Brasileira, jamais poderia ser aplicável, em vista da malícia da população em busca de novas ambições e objetivos, marcando a sociedade pela desigualdade social.

Assim, resta evidente que há uma obrigatoriedade da imposição de uma carta maior a fim de frisar a tirania do Estado e das pessoas que são discrepantes, mesmo partindo de uma posição original.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 20ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

AURÉLIO, Dicionário. Disponível em :<https://contas.tcu.gov.br/dicionario/home.asp>, data do acesso: 30/08/2016, às 23h42m.

BALEEIRO, Aliomar. Limitações ao Poder de Tributar. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

REIS, L.; NETO, J. (2011). Principio da Diferença da Teoria da Justiça de Rawls Face as Transferências Voluntárias à Gestão Associada de Serviços Públicos Pela Administração Pública: Análise Indispensável para Distribuição Justa de Recursos Públicos, O. Brazilian Journal of Public Policy 1(1), 1-34.

EXISTE RELAÇÃO ENTRE O CONSENSO SOBREPOSTO DE JOHN RAWLS E O ESPAÇO PÚBLICO GREGO?

Claudiomar Luiz Machado*

1 INTRODUÇÃO

O cidadão grego sentia orgulho em participar do espaço público, na verdade, o objetivo de sua existência era participar do espaço público. Hannah Arendt, na obra *A Condição Humana*, afirma que existia uma clara separação entre o espaço público e privado. No espaço privado o cidadão buscava obter tudo o que lhe era necessário para sua sobrevivência, era o espaço da família, onde o homem tinha o poder soberano de todas as decisões, enquanto que no espaço público o cidadão tinha liberdade, não comanda e nem era comandado, havia igualdade e a violência não era permitida, sendo considerado o local da felicidade.

Hanna Arendt afirma que o advento da esfera social destruiu as esferas pública e privada. O abismo que existia entre as esferas públicas e privadas desapareceu. Os assuntos domésticos invadem a esfera pública, a qual também é reduzida a mera administração. Logo, as famílias agrupam-se e a esfera social toma a conotação de uma grande família. Nessa transformação, o homem também perde o objetivo pela imortalidade e centra-se na busca pela eternidade contemplativa.

John Rawls, na obra *O liberalismo Político*, publicada em 1993, mas podendo ser considerada um aperfeiçoamento da obra *Uma Teoria da Justiça*, publicada em 1971, aceita a existência de uma pluralidade de doutrinas abrangentes, racionais e razoáveis, e propõe que participem da

* Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Especialista em Direito Imobiliário e Registros Públicos pela Faculdade Meridional (IMED), Passo Fundo, Brasil. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade de Passo Fundo (UPF), Passo Fundo, Brasil. Graduado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (Ulbra). Oficial de Registros Públicos da Comarca de Herval d'Oeste/SC.

construção de um consenso sobreposto sobre a construção de uma concepção política de justiça para reger a estrutura básica da sociedade.

O presente trabalho foi elaborado utilizando-se o método procedimental de pesquisa bibliográfica e o método de abordagem dedutivo, visando analisar a esfera pública grega e a proposição de consenso sobreposto e verificar se existe similitude quanto a participação do cidadão no espaço público. O objetivo central não é esgotar o tema, mas fomentar o debate sobre a participação do cidadão no espaço público.

2 ESFERAS PRIVADA E PÚBLICA NA CONCEPÇÃO GREGA

O homem sempre viveu em grupo. Inicialmente pequenos grupos tribais, que com o aumento do número de integrantes passaram a denominar-se cidades ou sociedades. Aristóteles já afirmava que o homem nasceu para viver em sociedade e somente um cidadão muito evoluído, superior ao próprio homem, ou um cidadão sem discernimento normal, ou seja, inferior ao próprio homem, poderia viver fora da sociedade (ARISTÓTELES, 2004, p.14).

Os estudos de santuários paleolíticos apontaram a existência de indícios da atividade social dos homens, demonstrando que já nos primeiros agrupamentos sociais o homem buscou aumentar o seu prazer com o convívio social. Não era o simples acúmulo de alimentos para sobrevivência, isso o homem poderia praticar no isolamento. Mas sim, a diversidade e a dinâmica da vida grupal, onde a prática de determinados atos fazem sentido, como por exemplo danças, músicas, pinturas, culminando com uma vida mais abundante (MUNFORD, 1982, p.14).

Denota-se, que o homem buscou viver em sociedade não apenas para suprir suas necessidades básicas de nutrição e reprodução, mas porque acreditou que com a associação social quebraria o isolamento e a limitação, tornando a vida mais dinâmica e prazerosa. As práticas e o convívio social culminaram com própria evolução do homem e da cidade.

Pois, das relações sociais surgem as estruturas sociais, a política, o direito e as profissões.

Importa destacar que com o advento e ampliação dos tipos de profissões ocorre um aumento do dinamismo social, culminando com a inserção de novos conhecimentos que promovem uma grande transformação social. Munford (1982, p.33) destaca essa diversidade profissional:

A composição humana da nova unidade tornou-se igualmente mais complexa; além do caçador, do camponês e do pastor, outros tipos primitivos introduziram-se na cidade e emprestaram suas contribuições à sua existência: o mineiro, o lenhador, o pescador, cada qual levando consigo os instrumentos, habilidades e hábitos de vida formados sob outras pressões. O engenheiro, o barqueiro, o marinheiro surgiram a partir desse fundo primitivo mais generalizado, em ou outro ponto da seção do vale: de todos esses tipos originais, desenvolveram-se ainda mais outros grupos ocupacionais, o soldado, o banqueiro, o mercador, o sacerdote.

Dentre as sociedades antigas, a Grega destacou-se. Assim, na sequência deste trabalho, far-se-á breves apontamentos sobre essa sociedade, principalmente sobre as esferas privada e pública, com base no pensamento de Hannah Arendt.

A sociedade grega tinha duas esferas bem definidas, diferentes e separadas. *Oikos* era o lar. *Idion* referia-se ao que era próprio de cada um, enquanto *koinon* referia-se ao que era comum, o espaço da Pólis, (JAEGER APUD ARENDT, 2016, p. 29). Importa destacar que tais termos não contêm uma tradução precisa, mas pelos estudos, pode considerar-se como as esferas públicas e privadas, (FLORENZANO, 2016).

A esfera privada, a esfera do lar, era onde o cidadão buscava tudo o que era indispensável à sua subsistência, considerado como o “reino da necessidade.” (ANTUNES, 2016). O homem, nesse espaço, exercia todos os poderes e decidia de forma autônoma, era o senhor soberano. Inclusive a força e a violência eram permitidas nessa esfera, pois centrava-se na satisfação das necessidades indispensáveis para a sobrevivência.

Logo, como todos os homens estavam sujeitos às necessidades básicas, atos como o de governar escravos era permitido para que o homem pudesse livrar-se das tarefas básicas e encontrasse liberdade para participar da esfera pública (ARENDR, 2016, p. 38).

A propriedade era um fator importante para o cidadão grego. Sem um pedaço de chão, um lar, o cidadão grego não poderia participar da esfera pública (ARENDR, 2016, p. 36). Se não fosse proprietário de uma fração do mundo não poderia tomar decisões sobre ele. Algo lógico, pois deveria ser soberano, administrar uma família, uma propriedade, para poder discutir e debater sobre ela, dessa forma, não teria apenas o conhecimento teórico, mas vivencial da esfera privada.

Contudo, a propriedade e a riqueza não tinham relação direta, eram questões distintas. A propriedade era indispensável para a obtenção da cidadania ao homem grego, significava que tinha seu lugar no mundo e direito a participar das decisões políticas. Caso sofresse uma pena de expulsão perderia a propriedade e sua casa era destruída. Por outro lado, a riqueza não outorgava a cidadania. Pois, um escravo ou estrangeiro poderia ter riqueza e continuar sendo escravo, e poder-se-ia encontrar um cidadão grego pobre, mas que tivesse propriedade (ARENDR, 2016, p. 76).

Na esfera privada a satisfação das necessidades básicas é o objetivo. Nesse sentido a propriedade é mais efetiva que a riqueza. De posse da riqueza o homem fica dependente de outrem para a supressão dessas necessidades, ou seja, de alguém que esteja disposto a lhe vender. Com relação a propriedade, sempre existirá a possibilidade de extrair diretamente dela a sua subsistência, ficando numa relação de independência com relação aos demais.

O sucesso na esfera privada era indispensável para o homem grego participar da esfera pública. Denota-se que o grande objetivo era a participação na esfera pública. Pois, nessa esfera era onde efetivamente encontrava-se a liberdade. Uma liberdade plena onde o cidadão não estaria

em relação de subordinação, não estava sujeito ao mandos e desmandos de outrem e nem precisaria dirigir e orientar outros indivíduos (ARENDR, 2016, p. 37, 39).

A violência aceita naturalmente na esfera privada, era inaceitável na esfera pública, bem como a busca pela subsistência, o suprimento das necessidades não poderia adentrar nessa esfera. Jamais o cidadão grego poderia visa a buscar por alimento na esfera pública, por exemplo (ARENDR, 2016, p. 45).

Outra característica marcante da esfera pública era a relação de igualdade entre os cidadãos. Se a esfera privada era um espaço totalmente desigual, onde o homem decidia sobre tudo e todos, na esfera pública a igualdade indicava que se estava entre cidadãos livres, sem comando e comandados (ARENDR, 2016, p. 39 e 40).

Dessa forma, não sendo permitida a violência e existindo uma relação de igualdade, o discurso e a ação eram extremamente relevantes, sendo que era através delas que ocorriam as decisões na esfera pública. Logo, para ser um bom político tinha que dominar a retórica e a persuasão (ARENDR, 2014, p. 32).

Importa destaca o significado do termo “público”. Público é tudo o que pode ser “visto e ouvido por todos”, são atos e fatos que merecem ampla propagação devendo atingir o maior número de indivíduos (ARENDR, 2016, p.

61). Somente atos e fatos relevantes deveriam ser levados a esfera pública, pois casos de menor importância deveriam ser mantidos na esfera privada. A divulgação pública culminava com a criação da realidade na medida que todos tornavam-se conhecedores do ocorrido (ARENDR, 2016, pgs. 61 a 63).

O termo público para os gregos também significava o “próprio mundo”. O compartilhamento na esfera pública tornava os atos e fatos acessíveis a todos criando um espaço comum, diferentemente da esfera

privada, onde existia a intimidade. Tudo o que era levado a esfera pública era compartilhado entre todos. Mas esse “mundo” não tinha nenhuma relação com a natureza, como planeta terra. Na visão grega esse “mundo” tinha que ser criado pelos indivíduos (ARENDR, 2016, p. 64).

Logo, denota-se que existia a possibilidade de privacidade na esfera privada. Contudo, quando um fato era levado a esfera pública tornava-se acessível a todos os indivíduos da sociedade grega, passando a fazer parte do “mundo”.

3 O ADVENTO DA ESFERA SOCIAL

As esferas privadas e públicas gregas tinha conceitos e divisões bem definidas. Dessa forma, o indivíduo sabia que determinados atos eram próprios da esfera privada e outros pertenciam a esfera pública. Porém, a sociedade transformou-se e com o advento da modernidade ocorreram profundas transformações nas esferas privadas e públicas.

As transformações são tão profundas que levam ao quase desaparecimento das esferas públicas e privadas conforme concebidas pelos gregos (ARENDR, 2016, p. 75). Um dos fatores está relacionado ao próprio objetivo da existência do cidadão. Pois, para os gregos a imortalidade era de suma importância, não havendo grande preocupação com a eternidade.

O homem grego tinha certeza de sua moralidade e da imortalidade dos deuses e da natureza. Sabia que a vida biológica começava com o nascimento e encerrava-se com a morte, e a imortalidade não poderia ocorrer pela procriação, como ocorria com as demais espécies da natureza, porque o homem era mais do que uma simples espécie na natureza. O fato de viver num mundo imortal e guiado por deuses imortais causou incômodo aos gregos que passaram a buscar a imortalidade. A forma encontrada pelos gregos foi através de “feitos imortais”, ou seja, a criação de obras e palavras grandiosas que merecessem ser lembrados e utilizados

mesmo após a morte do cidadão. Logo, havia cidadão que encontravam satisfação nos prazeres da natureza e outros que visavam a imortalidade através da obra. Estes eram verdadeiros homens, ao passo que aqueles eram equivalentes aos animais, já que como tal se portavam (ARENDR, 2016, p. 22 - 24).

Porém, esse pensamento grego da busca pela imortalidade é suprimido pela busca da eternidade, fomentado, principalmente, pela queda do império Romano, colocando em cheque a imortalidade das obras, e pela doutrina católica centrada na individual busca pela experiência do eterno, ocorrendo a substituição da ação pela contemplação (ARENDR, 2016, p. 26).

A ação é indispensável para a criação de um trabalho exemplar. Logo, verifica-se que o cidadão grego acreditava no trabalho bem feito, pois para a criação de uma obra memorável é necessário muita dedicação e estudo, enquanto que a não existência de ação, na pura contemplação, o cidadão pode estabilizar-se numa zona de conforto. Assim, denota-se que o homem abandonou o objetivo de imortalizar-se através de obras, como por exemplo, os filósofos gregos: Aristóteles, Platão e Sócrates. Para Arendt (2016, p. 68) o abandono do anseio de imortalizar-se é uma das provas do desaparecimento do espaço público.

Outro fato importante foi o desaparecimento da fronteira entre a esfera pública e a esfera privada. As questões e problemas familiares, da administração do lar, relacionados a elementos da busca pela sobrevivência, que outrora eram mantidas exclusivamente na esfera privada, com o advento da modernidade começam a ganhar publicidade e invadem a esfera pública, gerando uma grande confusão e desestabilizam ambas as esferas (ARENDR, 2016, p. 46).

A exposição das questões privadas na esfera pública fomentou a projeção da própria família para fora da esfera privada ou, no mínimo, não está mais restrita somente a essa esfera. Porém, pela própria natureza, a família não é e não pode ser o objeto principal da esfera pública. Assim,

para Arendt, 2016, p. 49) “[...] a notável ascensão da sociedade com o declínio da família indica claramente que o que ocorreu, na verdade, foi a absorção da unidade familiar por grupos sociais correspondentes.”

Assim, com o advento da esfera social efetivamente cria-se uma nova realidade. Na concepção grega havia uma definição clara do que pertencia a cada esfera e com o surgimento da esfera social essa regra passa a ser desconsiderada. Assuntos antes tratados no íntimo do lar, agora são levados a público e na esfera privada também surgem novas finalidades, como a acumulação de riqueza.

Logo, as diversas famílias que formavam a esfera privada, perdem suas características e passam a agrupar-se, formando a sociedade de massa que passa a controlar e regular uma determinada comunidade, como se fosse um grande e única família, pois a sociedade impõe que seus membros se comportem de tal forma (ARENDR, 2016, p. 48 - 50).

A invasão dos interesses privados na esfera pública provocou o seu declínio, pois o *“político constitui o receptáculo dos interesses domésticos e nas relações sociais desaparece a pluralidade da discussão política em virtude de uma vontade geral normalizada.”* (ANTUNES, 2016).

A sociedade moderna aboliu a ideia de esfera pública grega. Pois, nesta, vigorava a individualidade manifestada por cada cidadão, sendo o lugar do debate, da retórica, da divergência de ideias. Por outro lado, a sociedade moderna visa criar uma unidade social, onde todos os indivíduos devem defender a mesma ideia e se comportarem de maneira uniforme, como se existisse uma *“mão invisível”* que conduzisse todos esse processo e culminasse com a paz social (ARENDR, 2016, p. 53).

Assim, o cidadão moderno não compartilha do conceito de espaço público grego e direciona a sua atenção para a esfera privada, que passa a ser a mais importante, levando a esfera pública a ter mais o sentido de administração pública. Por outro lado, a esfera privada também passa a ter características de pública, ocorrendo, na verdade, *“[...] a completa*

extinção da diferença entre os domínios privado e público, a submissão de ambos a esfera do social” (ARENDR, 2016, p. 85).

Os gregos não tinham um conceito claro do termo social. “O social situava-se tanto na esfera privada das relações da casa e da família, como na esfera da participação política” (ANTUNES, 2016). Assim, o termo social estava relacionado a convivência que ocorria dentro das esferas privadas e pública. A convivência entre os membros da família e entre os membros cidadãos da Pólis.

O advento da sociedade de massa ou surgimento da esfera social promove o desinteresse do homem pela ação política, e o trabalho relacionado a subsistência, outrora simplesmente indispensável para o ingresso na esfera pública, passa a ser o centro da vontade humana, ou seja, o homem abandona a busca pela imortalidade através da obra e centra-se na satisfação das condições biológicas.

Logo, denota-se que o cidadão grego buscava a excelência, a afirmação de sua individualidade na esfera pública perante os seus pares. Para tanto, dedicava-se ao estudo teórico e práticas que lhe permitissem ter êxito. Na modernidade o debate público foi suprimido e instituída uma padronização de conceitos e comportamentos, levando o homem a esquecer da essência grega e “[...] procurar apenas a subsistência da sua vida e da sua família pelo mero consumo, interessa-se pelo trabalho material naturalmente admitido longe de qualquer produção técnica, acção política ou vida contemplativa.” (ANTUNES, 2016).

3 A PROPOSIÇÃO DE CONSENSO SOBREPOSTO DE JOHN RAWLS

A presente abordagem passa a analisar a proposição de um consenso sobreposto proposta por John Rawls na obra “O Liberalismo Político”. Embora a parte importante para o presente estudo seja o consenso sobreposto, é indispensável breves apontamentos sobre a teoria posta na

obra para uma melhor compreensão do assunto. Ressalta-se que de forma alguma o objetivo é abordar a obra com um todo, mas somente fornecer suporte para uma melhor assimilação sobre o consenso sobreposto.

John Rawls publica no ano de 1971 a obra “Uma Teoria da Justiça”, que foi amplamente debatida e criticada ao longo dos anos. Assim, no ano de 1993, o autor promove a publicação da obra “O Liberalismo Político”, na qual faz adequações apontadas pela crítica e novas proposições, podendo ser considerada um aperfeiçoamento da obra publicada no ano de 1971.

Rawls (2000, p. 25) destaca que o eixo central da obra O Liberalismo Político é responder a questão “[...] como é possível existir ao longo do tempo, uma sociedade estável e justa de cidadão livres e iguais profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, embora incompatíveis.”

Logo, denota-se que o objetivo do autor é desenvolver uma teoria que forneça estabilidade para a sociedade, mas não uma estabilidade passageira, mas que perdure no tempo, bem como esta sociedade esteja alicerçada no princípio de liberdade, afastando-se os governos autoritários e tiranos, e permitindo que os cidadãos tenham liberdade para participar das decisões e hajam e sejam tratados com justiça, independentemente de participarem ou não, ou de qual doutrinas religiosa, moral ou filosófica participem.

Importa destacar neste momento que a teoria do autor em estudo visa somente a estrutura básica da sociedade. Rawls (2000, p. 54) esclarece qual seria essa estrutura básica “[...] as principais instituições políticas, sociais e econômicas de uma sociedade, e a maneira pela qual se combinam em um sistema unificado de cooperação social de uma geração até a seguinte.”

Rawls (2000, pgs. 65 - 72) para expor a sua tese parte de uma “posição original”. Uma sociedade hipotética e a-histórica que exige uma dose certa de abstração para uma melhor compreensão, pois essa socie-

dade não existe, foi idealizada por Rawls para exposição de sua tese. Nessa sociedade os cidadãos são livres e encontram-se em posição de igualdade, “não devendo permitir a algumas pessoas maiores vantagens de barganha do que a outras pessoas”, bem como sejam excluídas o uso da força e da violência.

Na posição original, os cidadãos estão envoltos por um “véu de ignorância” que os impede de saber a posição social que ocupará nessa sociedade ou do grupo social de que faça parte ou represente. Dessa forma, o cidadão tende a pensar, criar e defender ideias que são equilibradas para todas as partes dessa sociedade, fato que tenderia a não se consolidar caso conhecesse a sua posição dentro da sociedade.

Ressalta-se que essa sociedade é fechada, onde se entra apenas pelo nascimento e a saída ocorre com a morte do indivíduo, e completa, no sentido de ser autossuficiente, tendo espaço para todos os objetivos de vida dos cidadãos.

Outro fator importante da obra de Rawls é a proposição de dois princípios de justiça (2000, p. 47):

a) Todas as pessoas tem igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e neste projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativos garantido.

b) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos:

primeiro, devem estar vinculadas a posição e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.

Os dois princípios têm a função principal de regular as instituições básicas da sociedade, sendo que Rawls (2000, p. 47) atribui ao primeiro princípio prioridade sobre o segundo por tratar dos direitos e liberdades básica. Porém, os cidadãos também precisam crer e respeitar os princípios. Dessa forma, o cidadão também depositará confiança na estru-

tura básica, visto que, esta encontra-se conforme os princípios que o ele entendeu serem justos, logo o agir do cidadão também tende a ser justo, criando um sistema dinâmico e interativo (RAWLS, 2000, p. 79).

Rawls (2000, p. 180) constrói sua tese para uma sociedade democrática constitucional, dessa forma, afirma que sua tese aceita a pluralidade de doutrinas “abrangentes e razoáveis, ainda que conflitantes, cada qual com sua própria concepção de bem”. O sistema democrático caracteriza-se pela liberdade do cidadão poder manifestar suas convicções, logo, é natural que ocorra o surgimento de doutrinas morais, filosófica ou religiosas que tenham uma concepção de bem similar, mas muitas vezes divergentes. Assim, seria inviável numa sociedade democrática buscar a estabilidade excluindo parte dessas doutrinas e dando prioridade a outras.

Dessa forma, aceitando a existência de doutrinas abrangentes, razoáveis e racionais, Rawls propõe a ideia de um consenso sobreposto para criar uma concepção política de justiça que vai reger a estrutura básica da sociedade. O foco é o pluralismo razoável e não o simples pluralismo, logo, todas as doutrinas religiosas, morais e filosóficas estão convidadas a participar, desde que razoáveis e racionais.

A ideia central é que ocorra o debate público até se chegar ao consenso sobre qual a concepção política de justiça deve ser adotada para reger a estrutura básica da sociedade. Logo, não é uma doutrina que deve prevalecer sobre a outra. Mas, o consenso construído. Assim, embora não prevaleça o ideal de determinada doutrina, mas tendo esta participado do debate, existe maior probabilidade de respeito do que se a concepção fosse simplesmente imposta por determinada doutrina. Participando da construção, as doutrinas também conhecem claramente a concepção adotada. O respeito e conhecimento fomentariam a uma maior estabilidade.

Rawls (2000, p.181) destaca que o “poder político sempre é poder coercitivo baseado no uso que o Estado faz das sanções, pois só o Estado tem autoridade para usar a força a fim de impor suas leis”. Logo,

o autor reconhece a importância da força estatal, a qual, será importante para garantir que o consenso sobreposto seja respeitado por todas as doutrinas abrangentes e seus cidadãos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem de Hannah Arendt deixa clara a completa separação entre as esferas privada e pública gregas, bem como os princípios e práticas de cada espaço. O cidadão grego tinha uma vida dupla, uma relacionada a sua existência biológica na esfera privada, e outra relacionada a política exercida na esfera pública, ficando evidente que o objetivo do cidadão era participar do espaço público, considerado o espaço da liberdade e da felicidade. Logo, conclui-se que o espaço público era considerado muito importante para o cidadão grego e sentia-se honrado de fazer parte desse espaço.

Porém, o surgimento da esfera social desestrutura essas esferas gregas e com isso também muda a forma de pensar do cidadão. A felicidade outrora buscada na esfera pública passa a ser buscada na esfera privada e social. O cidadão centra sua atenção na esfera privada, destina seu tempo e energia para cuidar exclusivamente da sua vida particular, ocorrendo o esvaziamento da esfera pública.

Logo, conforme expõe Hannah Arendt, a esfera social começa a tomar contornos de uma “única família”, a qual abarca todos os grupos reunidos em torno de um ideal, extinguindo o valor da individualidade grega e impondo o comportamento geral, passando também a ser o espaço da publicidade, outrora restrita a esfera pública.

John Rawls parece aceitar a esfera social como uma grande família, mas com diferentes grupos. Dessa forma, não existindo possibilidades de reestruturar as esferas privada e pública aos moldes gregos, propõe a ideia de um consenso sobreposto, do qual devem participar todas as doutrinas abrangentes, razoáveis e racionais, a fim de construir uma junta-

mente uma concepção política de justiça para reger a estrutura básica da sociedade, ou seja, o autor quer que o eixo central e mais importante da sociedade seja construído através do debate entre os mais diferentes e divergentes pensadores.

Assim, verifica-se que a valorização e importância destinada pelos gregos a individualidade e o debate público, livre de violência e com tolerância, é indispensável para a construção do consenso sobreposto proposto por Rawls. Se outrora eram os cidadãos que se reuniam diretamente em praça pública para debater e construir a Pólis, agora são os representantes das doutrinas que devem se reunir no espaço público para a construção da espinha dorsal da sociedade. Desta forma, embora as sociedades sejam completamente diferentes, tanto os gregos como a proposição do consenso sobreposto de John Rawls acreditam na participação do cidadão na construção da sociedade.

Por fim, ressalta-se a importância da ampliação do debate sobre a obra de John Rawls, para fomentar e resgatar o espírito público no cidadão. Pois, denota-se que atualmente o cidadão centra-se apenas na sua vida particular e social, não participando ou acompanhando as discussões públicas e políticas, estrito sensu, que visam a construção de nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Marco António. *O público e o privado em Hannah Arendt*. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/antunes-marco-publico-privado.pdf>. Acesso em 14 ago 2016.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 12. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

FLORENZANO, M. B. B. *Pólis e Oïkos, o Público e o Privado na Grécia Antiga*. Disponível em: http://labeca.mae.usp.br/media/pdf/florenzano_polis_e_oikos.pdf. Acesso em: 14 ago 2016.

MUNFORD, Lewis. *A cidade na história: suas origens, transformação e perspectiva*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1982.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.

A TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS COMO ALICERCE PARA POLÍTICAS PÚBLICAS JUSTAS

Esthevam Lermen Eidt*

1 INTRODUÇÃO

Com a globalização, abriram-se as portas para o mundo. Ou seja, a humanidade, com tal fenômeno, tomou ciência de lugares antes esquecidos pelo Estado, bem como os indivíduos pertencentes a este, ao comparar sua situação social (leia-se posição social) com integrantes de outros de Estados, enxergaram que podiam “ter e exigir mais” (saúde, educação, alimentação nutritiva, etc.). Assim, mais do que nunca, iniciou-se uma cobrança (por legitimidade e efetividade) desta forma organizacional.

A humanidade, mais do que em qualquer outro momento, tem freneticamente procurado identificar uma fórmula que equilibre os anseios individuais do homem, com os anseios coletivos da sociedade humana. Em outros termos, tem buscado a justiça em suas ações, a fim de legitimá-las (leia-se, justificá-las). Entretanto, o que é justiça? O que são políticas sociais justas? São, precisamente, essas questões que o presente artigo vai abordar.

Dessa forma, para alcançar conjecturas (utópicas realistas) para tais questionamentos, será trilhado um percurso nesta ideação, no qual serão abordados, em seções respectivas, a noção de políticas públicas, a ideia de justiça apresentada por Rawls (no livro “Uma teoria da justiça”) e,

* Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), na Linha de Pesquisa de Direitos Fundamentais Sociais: Relações de Trabalho e Seguridade Social. Atua como Procurador do Município junto à Prefeitura do Município de Nonoai. Especializado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em Direito Processual Civil (2012), e pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, em Direito Notarial e Registral (2014), e em Direito Civil (2015). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS, 2009). Link para acesso ao CV na Plataforma Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/8880198686306272>>. E-mail: <esthevambusiness@hotmail.com>.

por fim, a união dos conceitos, ou seja, a aplicação da teoria da justiça de Rawls como suporte para construções de políticas públicas justas.

A análise e os respectivos argumentos que constituem este artigo objetivam demonstrar os fundamentos políticos adotados por Rawls para a teoria da justiça e a utilização desses como alicerce para a construção e a implementação de políticas públicas justas. Para essa finalidade, será tratado, em especial, o pensamento de Rawls em seu livro: “Uma Teoria da Justiça” (1971).

2 POLÍTICAS PÚBLICAS

Na atual conjuntura global, formada por complexas realidades sociais, são vislumbrados sérios problemas (insegurança alimentar¹, conflitos armados, terrorismo, calamidades públicas, baixos índices de saneamento, depressão², desemprego), fazendo com que haja, mais do que nunca, uma busca pela justificação e pela legitimação do exercício do poder (político e econômico). Grande parte desse fenômeno, emergiu devido à globalização, isto é, esse fenômeno tirou das sombras os cantos antes esquecidos pelos Estados. Por meio dessa, ainda, os seres humanos, ao redor do globo tomaram ciência dos deveres do Estado frente a eles, já que, agora, poderiam comparar suas situações e posições sociais, (MÁ-SERA, 2012).

Esse conhecimento faz com que haja forte exigência para aprimoramento e inovação das instituições e dos instrumentos do Estado, de

¹ Segundo relatório anual sobre a fome (*The State of Food Insecurity in the World – 2015*), publicado pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (*Food And Agriculture Organization of United Nations – FAO*), o Fundo Internacional para o Desenvolvimento Agrícola (*International Fund for Agricultural Development - IFAD*) e o Programa Alimentar Mundial (*World Food Programme - WFP*), cerca de 795 milhões de pessoas passam fome no mundo (PIACENTINI, 2016).

² “A depressão grave revela-se um problema de saúde pública em todas as regiões do mundo e tem ligações com as condições sociais em alguns países”. Essa é conclusão do relatório sobre o transtorno feito pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em 18 países, de alta e de baixa renda, incluindo o Brasil. Os resultados foram divulgados nesta terça-feira (26), em artigo publicado na revista *BMC Medicine*.” (MENTE E CÉREBRO, 2011).

modo que esses possam abastecer (efetivamente e de forma equitativa) as necessidades individuais e coletivas, combinando a diminuição das desigualdades sociais, a preservação ambiental e a sustentabilidade econômica. Essa pressão para a apresentação de alternativas viáveis (a curto e médio prazo) tem sido, em sua grande maioria, transferida para os ramos da “economia”, o “direito” e a “filosofia política”. Justamente, para atendimento dessas pretensões, as políticas públicas exercem um grande papel, já que são ferramentas para a promoção dos planos do Estado. (MÁSERA, 2012).

As políticas públicas são objetos de várias Ciências, como a Ciência Política e a da Administração Pública. Na Ciência do Direito as políticas públicas afetam diversos ramos (tais como o direito trabalhista e o direito previdenciário), contudo essas são mais profundamente estudadas no direito constitucional, no direito administrativo e no direito financeiro. Assim, é imprescindível vislumbrar as políticas como uma categoria jurídica, visto que a mesma tem o condão de concretizar direitos (em especial humanos e fundamentais) (BUCCI, 2006).

Percebe-se, desse modo, que as políticas públicas são instrumentos adequados e fundamentais na atuação do Estado, já que representam a forma desse instrumentalizar seus objetivos. Quanto ao conceito, bem coloca (BUCCI, 2006, p. 39):

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

A política pública é um amplo e complexo instituto (político, social e jurídico), a qual serve como instrumento para a promoção dos planos dos Estado, sejam esses econômicos, sociais ou estatais. Com a ideação de melhor compreender tal complexidade e obter melhor controle sobre

esse instrumento vários autores germinaram diversas tipologias (classificações).

Insta, assim, trazer à baila o modelo sugerido por Theodore J. Lowi, onde as políticas públicas são divididas em quatro tipologias, que são: políticas distributivas, políticas constitutivas, políticas regulamentares e políticas redistributivas (LOWI, 1972). Observemos cada mais especificamente a seguir.

As políticas distributivas são aquelas que distribuem vantagens para determinados grupos da sociedade mediante recursos provenientes da coletividade (como um todo). Em princípio, essa política pública não gera grandes conflitos, visto que não transparece os beneficiários (“ganhadores”) e os pagadores (“perdedores”). Já as políticas redistributivas trabalham com perdas e ganhos, isto é, trata-se do deslocamento consciente de recursos econômicos ou direitos de um grupo da sociedade para outro. Esta política gera uma maior discordância, pois os “penalizados” são, geralmente, mais organizados politicamente. Por sua vez, as políticas públicas regulatórias são aquelas que estabelecem determinados comportamentos (obrigações). Por fim, as políticas públicas constitutivas estabelecem as regras do que regulam a interação entre os atores em contextos específico (RUA; ROMANINI, 2016).

Não há dúvidas que as políticas públicas exercem um papel importante de justificação do Estado, porquanto por meio dessa o Estado consegue atingir o seu fim: o bem comum.

3 A TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS

Nesse tópico será abordado o conceito de justiça construído por Rawls em seu livro “Uma Teoria da Justiça” (de 1971). Desse modo, as ideias presentes nesse tópico serão elaboradas a partir do livro referido. Inicia-se o tema destacando que permeiam o desenvolvimento da Teoria

da Justiça de Rawls o igualitarismo e o desafio de solucionar as crescentes dessemelhanças sociais no cerne do capitalismo tardio (OLIVEIRA, 2003).

A justiça impõe uma inviolabilidade ao indivíduo que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por esse motivo, as liberdades de cidadania igual não estão sujeitas à negociação política ou a avaliação de interesses sociais. Logo, a justiça “nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros”. Só seria tolerável uma injustiça com a finalidade de se evitar uma injustiça ainda maior (RAWLS, 2002).

Precípua expor que uma sociedade “bem-ordenada” é aquela que está regulada por princípios de justiça, bem como está voltada para promover o bem de seus integrantes. Nessa os membros e as instituições aceitam e satisfazem esses princípios da justiça. Urge mencionar que princípios básicos seriam aqueles que determinam a forma em que a divisão de vantagens vai se dar, ou melhor, “fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social.” (RAWLS, 2002).

A concepção da justiça além de “especificar os direitos e deveres básicos e determinar as partes distributivas apropriadas” deve atentar a maneira com que faz isso, pois “afeta os problemas de eficiência, coordenação e estabilidade.” (RAWLS, 2002). Expõe mais explanado o autor:

[...] os planos dos indivíduos precisam se encaixar uns nos outros para que as várias atividades sejam compatíveis entre si e possam ser todas executadas sem que as expectativas legítimas de cada um sofram frustrações graves. Mais ainda, a execução desses planos deveria levar à consecução de fins sociais de formas eficientes e coerentes com a justiça. E, por fim, o esquema de cooperação social deve ser estável: deve ser observado de modo mais ou menos regular e suas regras básicas devem espontaneamente nortear a ação; e quando ocorrem infrações, devem existir força estabilizadoras que impeçam maiores violações e que tendam a restaurar a organização social. (RAWLS, 2002).

Cumpra trazer à baila a concepção de “justiça como equidade”. Este corresponde nos princípios que “pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição original de igualdade”, para regular a sociedade em que vivem, ou seja, definir o que é justo e o que injusto (RAWLS, 2002).

Desse modo, os indivíduos sairiam do “estado de natureza” (posição original) – aquele em que não vigora a lei do mais forte – para cooperar um com o outro com a finalidade de vantagens mútuas. Esse conceito é a base das teorias contratualistas, onde se situa a teoria de Rawls.

Nas palavras de Oliveira:

[...] o contratualismo postula um contrato social enquanto transferência mútua de direitos para viabilizar a passagem de um estado da natureza (“guerra de todos contra todos”) a um estado de direitos (“sociedade civil”), o modelo rawlsiano recorre ao dispositivo procedimental da posição original para justificar a sociabilidade inerente à sociedade concebida como um sistema justo (*fair*) de cooperação social entre pessoas livres e iguais. (OLIVEIRA, 2003).

O grande *insight* desse ilustre autor foi em trazer junto de sua concepção de justiça o “véu da ignorância”. Isto é, na situação original “ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o status social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidade naturais sua inteligência, força, e coisas semelhantes.” (RAWLS, 2002). Portanto, os princípios que irão reger a sociedade são definidos na posição inicial de forma neutra, ou seja, sem favorecer conscientemente qualquer pessoa.

Rawls defende que por meio de dois princípios de justiça deve ser concretizada a repartição “equitativa” de bens primários, ou seja, bens fundamentais para todas as pessoas, independentemente de concepções pessoas de vida (OLIVEIRA, 2003).

Sutentarei [...] que na situação inicial escolheriam dois princípios bastantes diferentes: o primeiro exige a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos, enquanto o se-

gundo afirma que desigualdades econômicas e sociais, por exemplo desigualdades de riqueza e autoridade, são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade. (RAWLS, 2002).

De tal modo, Rawls apresenta dois princípios que serão a base de sua teoria da justiça. Justamente, por isso, apresenta, mais especificamente, os princípios rawlsianos da justiça:

- a) O primeiro princípio é denominado de “princípio igual liberdade” (*equal liberty principle*). Tem como noção que todas as pessoas têm direitos e liberdades básicas iguais. Este princípio terá prioridade em relação ao segundo;
- b) Por sua vez, o segundo princípio apresenta a ideia de que as disparidades sociais e econômicas necessitam atender dois requisitos: (i) devem conceber o maior benefício possível aos menos privilegiados da sociedade (“princípio da diferença” – *difference principle*), e (ii) devem estar possibilitar posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa (“princípio da igualdade equitativa de oportunidades” – *fair equality of opportunities*).

Como já mencionado, Rawls entende que há uma ordem sucessiva a ser seguida, ou seja, deve ser satisfeito o primeiro princípio antes de ser aplicado o subsequente. Dessa forma, a “inviolabilidade das liberdades individuais está assegurada acima de todos os ajustes sociais envolvendo questões de oportunidades e desigualdades.” (OLIVEIRA, 2003).

Percebe-se assim que, na Teoria de Rawls, não serão consideradas as concepções particulares do bem, o arranjo social e os capacidades e destrezas das partes e dos cidadãos representados, já que estarão cobertos pelo “véu da ignorância” (OLIVEIRA, 2003).

4 APLICAÇÃO DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS COMO ALICERCE PARA POLÍTICAS PÚBLICAS JUSTAS

Como a própria denominação do tópico já expõe, neste item será trabalhado a Teoria da Justiça lançada por Rawls como base para construção de políticas públicas justas.

Conforme já foi exposto, as políticas públicas sociais são instrumentos de promoção dos planos sociais do Estado, pode-se dizer aqueles que tem por fim diminuir as desigualdades sociais. Tem-se, assim, que os princípios da justiça estão prementemente interligados com as políticas públicas, visto que esses têm como papel definir a distribuição dos bens básicos, enquanto as políticas sociais são a instrumentalização da distribuição (definida segundo os princípios que o Estado segue).

Justamente sobre o aspecto da essencialidade a justiça de um esquema social, expõe Rawls:

A justiça de um esquema social depende especialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existam nos vários setores da sociedade. Esses princípios, então, regulam a escolha de uma constituição política e os elementos principais do sistema econômico e social. A justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade. [...] Considero por conseguinte que o conceito de justiça se define pela atuação de seus princípios na atribuição de direitos e deveres e na definição da divisão apropriada de vantagens sociais. (RAWLS, 2002).

Como, então, aplicar a justiça para as políticas públicas? Para primeiro responder essa pergunta, temos que construir um conceito de justiça e, como bem explicita Rawls, existem várias concepções e dimensões o que seria a justiça. Destacando que “As teorias de justiça social [...] devem ter uma generalidade e um poder teórico que lhes permitam um alcance para além dos conflitos políticos de seu tempo [...]” (NUSSBAUM, 2009, p. 1).

Justamente pensando nesses fatores, que se defende que a construção da teoria da justiça de Rawls, acima explicitado, serviria de base para a edificação de políticas públicas justas, ou seja, políticas públicas que, por meio da atuação dos princípios adotados pelo Estado na distribuição de direitos e deveres, apresentasse uma divisão apropriada de vantagens sociais.

Dessa forma, as políticas públicas devem respeitar uma inviolabilidade mínima do indivíduo, que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Assim, não pode uma política pública limitar a liberdade de alguns, com a justificativa de um bem maior repartido por todos.

Pode-se, utilizando dos conceitos emergidos por Rawls, dizer que uma política pode ser “bem-ordenada”, isto é, aquela regulada por princípios da justiça, a fim de promover o bem de todos os seus integrantes. Precisamente por haver uma regra justa, os membros e as instituições aceitariam e satisfariam essas políticas públicas justas. Portanto, pessoas livres e racionais, em uma disposição de igualdade e cobertas pelo “véu da ignorância” (sem conhecer seu lugar na sociedade ou suas capacidades), escolheriam princípios (que regulariam a atribuição de direitos e deveres) que regeriam o Estado, e, por serem as políticas públicas instrumentos pelo qual o Estado satisfaz suas diretrizes, elas também seriam regidas por tais princípios.

As políticas públicas, por meio dos princípios da justiça, concretizam uma repartição “equitativa” dos bens primários, ou seja, bens fundamentais para todas as pessoas, independentemente de concepções pessoais de vida.

Como aludido, segundo Rawls, os contratantes escolheriam na posição inicial dois princípios. O primeiro “exige a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos”. Por sua vez, o segundo princípio “afirma que desigualdades econômicas e sociais [...] são justas apenas se resultam

em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade.” (RAWLS, 2002).

Logo, as políticas públicas para serem consideradas justas (para Rawls) devem, primeiramente, respeitar as liberdades básicas de todos, bem como trazer vantagem para o maior benefício possível aos menos privilegiados da sociedade. Elas podem trazer direitos para os mais favorecidos, contudo necessitam sempre conceber prerrogativas ao menos favorecidos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A humanidade tem procurado esquadrihar uma fórmula que equilibre os anseios individuais do homem, com os anseios coletivos da sociedade humana, ou seja, tem buscado a justiça em suas atuações, com o objetivo de corroborá-las (leia-se: de legitimá-las). Exatamente, em vista disso, as políticas públicas exercem um grande papel, já que são ferramentas para a promoção dos planos do Estado.

As políticas públicas, foram apresentadas, como instrumentos apropriados e basilares no desempenho do Estado, tendo em vista representarem a forma desse instrumentalizar seus meios disponíveis, a fim de alcançar seus objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Conforme analisado, na Teoria da Justiça de Rawls, os contraentes escolhem (na posição inicial) os princípios da justiça, com o anseio de saírem do estado da natureza (leia-se do caos) e promoverem o bem comum (retirar vantagens mutuas), cobertos pelo “véu da ignorância” (desconsiderando suas habilidades ou sua disposição social). Ademais, para Rawls, os participantes escolheriam dois princípios. O primeiro compõe-se no sentido de que todas as pessoas têm igual atribuição de direitos e deveres básicos. Já o segundo, afirma que as dessemelhanças econômicas só podem existir para beneficiar os menos favorecidos e que as posições e cargos devem estar abertos a todos, em condições equitativas.

Utilizando dos conceitos edificados por Rawls, afirma-se que uma política pode ser “bem-ordenada”, ou seja, pode ser regulada por princípios da justiça, a fim de promover o bem de todos os seus integrantes. Exatamente por existir uma regra adequada (imparcial), os membros e as instituições acolheriam e satisfariam essas políticas públicas justas. Assim sendo, pessoas racionais e livres, em um arranjo de igualdade e cobertas pelo “véu da ignorância” (sem favorecer conscientemente qualquer pessoa), escolheriam princípios (que regulariam a atribuição de direitos e deveres) que regeriam o Estado, e, por serem as políticas públicas instrumentos pelo qual o Estado satisfaz suas diretrizes, elas também seriam regidas por tais princípios.

As políticas públicas para serem consideradas justas (para Rawls) devem, primeiramente, respeitar as liberdades básicas de todos, bem como trazer vantagem para o maior benefício possível aos menos privilegiados da sociedade. Elas podem trazer direitos para os mais favorecidos, contudo necessitam sempre conceber prerrogativas ao menos favorecidos.

Por conseguinte, não há dúvidas que a construção da teoria da justiça de Rawls serve de base para a edificação de políticas públicas justas, ou seja, políticas públicas que, por meio da atuação dos princípios (imparciais) adotados pelo Estado na distribuição de direitos e deveres, apresentasse uma divisão apropriada de vantagens sociais.

REFERÊNCIAS

BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

LOWI, Theodore J. Four systems of policy, politics, and choice. In: *Public Administration Review*, vol. 32, n. 4. (Jul. - Aug., 1972) 1972, p. 298-310.

MÁSERA, Marcos Alexandre. *Unidade na Abordagem Política e Institucional da Justiça distributiva de John Rawls*. 2012. 134 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2012.

MENTE E CÉREBRO. Organização Mundial da Saúde divulga estatísticas globais da depressão. Notícia de jul. de 2011. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/vivermente/noticias/organizacao_mundial_da_sau-de_divulga_estatisticas_globais_da_depressao.html>. Acesso em: 7 de ago. de 2016.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 5. ed. Saraiva. 2009. Tese de Doutorado

NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução: Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Nythamar de. *RAWLS*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

PIACENTINI, Patrícia. Fome no Mundo: apesar do avanço na produção de alimentos, 795 milhões de pessoas ainda passam fome segundo a ONU. *Revista Pré-UNIVESP*. n. 59. Gênero. Jul. de 2016. Disponível em: <http://pre.univesp.br/a-fome-no-mundo#.V6kc_-QlvIU>. Acesso em: 8 ago. 2016.

RAWLS, JOHN. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Almiro Pisseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RUA, Maria das Graças; ROMANINI, Roberta. *Para aprender políticas públicas*. Instituto de Gestão, Economia e Políticas Públicas – IGEPP. Disponível em: <http://igepp.com.br/uploads/ebook/para_aprender_politicas_publicas_-_unidade_04.pdf>. Acesso em: 23 maio 2016.

AS NECESSIDADES BÁSICAS SOCIAIS EM UM SISTEMA JURÍDICO ADEQUADO CONSTITUCIONALMENTE: O JUIZ E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS A PARTIR DE UMA CONCEPÇÃO PÚBLICA DE JUSTIÇA

Marcia Coser Petri*

1 INTRODUÇÃO

A efetivação de direitos fundamentais é um tema de intenso debate nos meios doutrinários e jurisprudenciais, tendo sido objeto de estudo tanto pelos grandes filósofos das ciências jurídicas em suas teorias e teses, onde analisam teoricamente existência e reconhecimento destes direitos, quanto pelos operadores do direito que discutem a aplicabilidade e a implementação dessas garantias em uma situação concreta.

Neste artigo abordar-se-á as necessidades básicas sociais em um sistema jurídico adequado constitucionalmente e o papel do poder judiciário na concretização e implementação de direitos fundamentais sociais, analisando quais são estas necessidades básicas que são consideradas direitos fundamentais e até que ponto o juiz poderá, em uma demanda judicial, exigir do estado a efetivação de um direito social sem que seja considerado usurpação da competência dos poderes legislativo – em relação à elaboração da lei orçamentária – e do poder executivo, quando executa o orçamento e faz a gestão das políticas públicas.

Inicialmente far-se-á uma abordagem do filósofo norte-americano John Rawls e sua contribuição ao tema, já que o autor é fonte obrigatória de pesquisa em suas duas principais obras, Uma Teoria da Justiça e o

* Márcia Coser Petri é advogada inscrita na OAB/SC 16.456-b. Assessora Jurídica e Professora da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc – Campus Videira-SC. Mestranda em Direito pela Unoesc campus Chapecó-SC. Especialista em Direito Material e Processual Civil pela Unoesc campus Videira-SC. Especialista em Direito Contemporâneo pela Universidade do Contestado - UnC – Canoinhas-SC. Graduada nos cursos de Administração de Empresas e Direito pela Unoesc campus Videira-SC.

Liberalismo Político. Analisar-se-á o conceito de justiça que Rawls traz e de que forma este foi atualizando e modificando sua teoria, o que culminou com a segunda obra Liberalismo Político, onde aprofundou e flexibilizou o seu primeiro estudo relativo ao primeiro livro.

Em seguida, serão analisados os sistemas jurídicos nos estados democráticos de direito e a forma com que os direitos sociais têm sido tratados nestes entes, notadamente em relação ao conteúdo de direitos sociais que estão previstos nas constituições, bem como a forma que estes estados efetivam os direitos sociais, seja os positivamos em suas normas, sejam aqueles que estão inseridos na constituição.

Ainda em relação aos direitos sociais e o papel que estes ocupam nas constituições de um estado democrático, far-se-á uma análise deste tema sob a ótica dos filósofos John Rawls e Frank Michelman, trazendo os consensos e divergências entre os dois autores como forma de, na contraposição das ideias, tendo-se uma clara situação do embate que o tema desperta entre aqueles que estudam os direitos sociais e sua implementação.

Na parte final desta pesquisa, verificar-se-á o papel dos juízes e do poder judiciário em geral na garantia do mínimo social especificado pelas necessidades básicas e a concretização dos direitos fundamentais sociais a partir de uma concepção pública de justiça, onde se analisará em que situações o poder judiciário poderá ser acionado para que seja atendido um direito social e quais as repercussões que esta intervenção gera em relação à área de atribuição e competência de outros poderes, o legislativo e o executivo.

2 COMPREENDENDO JOHN RAWLS, DA TEORIA DA JUSTIÇA AO LIBERALISMO POLÍTICO

Tentar-se-á neste item, entender, o que motivou o autor a escrever as obras Teoria da Justiça e o Liberalismo Político, este último, como resposta às críticas em relação a citada obra Teoria da Justiça.

2.1 TEORIA DA JUSTIÇA

Inicialmente, salienta-se que a “Justiça como Equidade” é a teoria da Justiça (*A Theory of Justice*) de John Rawls, a qual além de fixar um novo marco em filosofia política na segunda metade do século XX, no mundo ocidental, gerou grandes discussões acerca da filosofia política contemporânea.

Gargarella (2008, p. 1-3) menciona que Rawls “Busca elaborar uma teoria da justiça que responda à pergunta sobre quando podemos dizer que uma instituição básica da sociedade funciona de modo justo”, já que Rawls não estava satisfeito com as duas concepções rivais, quais sejam: a) intuicionismo (a qual afirma a existência de vários princípios de justiça, bem como, não haver um método objetivo capaz de determinar, em caso de dúvidas, qual princípio escolher, entre os muitos que existem) e; b) o utilitarismo (Rawls a define como aquela postura que considera um ato como quando maximiza a felicidade).

O papel da justiça é especificar os direitos e deveres básicos dos cidadãos e determinar as partes distributivas apropriadas, sendo a justiça a virtude mais importante das instituições sociais, ou seja, significa que cada pessoa possui uma inviolabilidade normativa fundada na justiça (RAWLS, 2008, p. 4).

O objeto primário da justiça (social) é a estrutura básica da sociedade, ou mais precisamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes (constituição política e os principais acordos sociais e econômicos) distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.

Exige-se um conjunto de princípios para escolher entre várias formas de ordenação social que determinam essa divisão de vantagens e para selar um acordo sobre as partes distributivas adequadas. Esses princípios são os princípios da justiça social: eles fornecem um modo de atri-

buir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social (RAWLS, 2008, p. 5).

Sociedades reais são raramente bem ordenadas no sentido de planejamento gerando o bem-estar de seus componentes e efetivamente gerida por uma compreensão pública de justiça; pois o que é justo e o que é injusto está comumente sob contenda.

Parece natural pensar no conceito de justiça como sendo distinto das várias concepções de justiça e como sendo especificado pelo papel que esses diferentes conjuntos de princípios, essas diferentes concepções, têm em comum.

Os princípios de justiça que cada um aceita, determinam quais semelhanças e diferenças entre as pessoas são relevantes na determinação de direitos e deveres e especificam qual divisão de vantagens é apropriada. Essa distinção entre o conceito e as várias concepções de justiça ajuda a identificar o papel dos princípios na justiça social.

Além da necessidade de certo consenso nas concepções de justiça, para uma comunidade humana viável, outros problemas sociais fundamentais precisam ser amenizados (se não solucionados), em particular, os de coordenação, eficiência e estabilidade. Esses problemas são afetados pela maneira como a concepção de justiça especifica os direitos e deveres básicos e determina as partes distributivas apropriadas.

É preciso considerar as conexões mais amplas da concepção de justiça, pois embora ela tenha uma certa prioridade, sendo a virtude mais importante das instituições, ainda é verdade que, em condições iguais, uma concepção de justiça é preferível a outra quando suas consequências mais amplas são mais desejáveis.

É nas desigualdades (devido ao fato de que a noção intuitiva é que essa estrutura contém várias posições sociais e que homens nascidos em condições diferentes têm expectativas de vida diferentes, determinadas,

em parte, pelo sistema político bem como pelas circunstâncias econômicas e sociais), supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade, que os princípios da justiça social devem ser aplicados em primeiro lugar.

Rawls afirma que a sua indagação está limitada de duas maneiras: a primeira, pela dificuldade de formular uma concepção razoável da justiça para a estrutura básica da sociedade concebida por ora como um sistema fechado, isolado de outras sociedades. É natural conjecturar que, assim que tiver uma teoria sólida para esse caso, à sua luz os problemas restantes da justiça se revelarão administráveis. A segunda, é o fato de que a concepção de justiça para a estrutura básica tem valor intrínseco. Ela não deveria ser descartada só porque seus princípios não são satisfatórios em todos os casos.

Deve-se, então, considerar que uma concepção de justiça social fornece primeiramente um padrão pelo qual se devem avaliar aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade. Esse padrão, porém, não deve ser confundido com os princípios que definem outras virtudes, pois a estrutura básica e as organizações sociais em geral podem ser eficientes ou ineficientes, liberais ou não liberais, e muitas outras coisas, bem como justos ou injustos. Uma concepção completa, definidora de princípios para todas as virtudes da estrutura básica, juntamente com seus respectivos pesos quando conflitantes entre elas, é mais que uma concepção da justiça; é um ideal social. Os princípios da justiça são apenas uma parte, embora talvez a parte mais importante de tal concepção.

Distinção entre conceito de justiça significando um equilíbrio adequado entre reivindicações concorrentes e uma concepção da justiça como um conjunto de princípios correlacionados com a identificação das causas principais que determinam esse equilíbrio. Justiça como sendo apenas uma parte de um ideal social, embora a teoria proposta, sem dúvida, amplie seu significado cotidiano.

A justiça como equidade começa como uma das mais genéricas dentre todas as escolhas que as pessoas podem fazer em conjunto, especificamente, a escolha dos primeiros princípios de uma concepção da justiça que deve regular todas as subseqüentes críticas e reformas das instituições. Depois, as pessoas deverão escolher uma constituição e uma legislatura para elaborar leis, e assim por diante, tudo em consonância com os princípios da justiça inicialmente acordados.

Vale a pena observar que a justiça como equidade, como outras visões contratualistas, consistem 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. Pode-se aceitar a primeira parte da teoria (ou alguma variante dela), mas não a outra, e vice-versa.

Na situação inicial, as pessoas escolheriam dois princípios iniciais: o primeiro exige a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos, enquanto o segundo afirma que desigualdades econômicas e sociais, são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade.

A justiça como equidade não é uma teoria completa contratualista. É preciso reconhecer o alcance limitado da justiça como equidade e do tipo genérico de visão que ela representa. A posição original é o *status quo* inicial apropriado para assegurar que os consensos básicos nele estabelecidos sejam equitativos. Delimita o conceito de “justiça como equidade”. Representa a tentativa de acomodar num único sistema, tanto os pressupostos filosóficos razoáveis impostos aos princípios, quanto os nossos juízos ponderados sobre a justiça.

Uma concepção de justiça não pode ser deduzida de premissas axiomáticas ou de pressupostos impostos aos princípios; ao contrário, sua justificativa é um problema da corroboração mútua de muitas considerações, do ajuste de todas as partes numa única visão coerente.

Para Rawls, existem dois princípios sobre os quais haveria um consenso na posição original. Pelo primeiro princípio, cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. No segundo Princípio, 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.

É essencial observar que é possível determinar uma lista dessas liberdades. As mais importantes entre elas são a liberdade política (o direito de votar e ocupar cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física (integridade da pessoa); o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e a detenção arbitrárias, de acordo com o conceito de estado de direito. Essas liberdades devem ser iguais.

O segundo princípio se aplica à distribuição de renda e riqueza e ao escopo das organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e de responsabilidade. Apesar de a distribuição de riqueza e renda não precisar ser igual, ela deve ser vantajosa para todos e, ao mesmo tempo, as posições de autoridade e responsabilidade devem ser acessíveis a todos. Esse princípio, ao que se vê, é relativo aos interesses materiais dos indivíduos. Ele deve orientar a alocação dos bens primários, sociais e econômicos e, com isso, servir de estimulador da cooperação social e auxiliar para que a igualdade democrática seja preservada. Desta forma, na justiça como equidade, as instituições pertencentes à estrutura básica serão justas quando puderem satisfazer os princípios de justiça escolhidos por pessoas morais, livres e iguais.

A interpretação liberal dos dois princípios busca mitigar a influência das contingências sociais e boa sorte espontânea sobre a distribui-

ção das porções. Para atingir esse objetivo é necessário impor ao sistema social condições estruturais básicas adicionais. Devem ser estabelecidas adaptações do mercado livre dentro de uma estrutura de instituições políticas e legais que regule as tendências globais dos eventos econômicos e preserve as condições sociais necessárias para a igualdade equitativa de oportunidades.

Enfatiza o autor, que uma vez que se está tentando encontrar uma interpretação que trate todos igualmente como pessoas morais, e que não meça a parte de cada homem nos benefícios e encargos da co-operação social em função da sua fortuna social ou sua sorte na loteria natural, a interpretação democrática é a melhor escolha.

2.2 LIBERALISMO POLÍTICO

A segunda obra mais importante na trajetória de Rawls, foi Liberalismo Político (*Political Liberalism*, 1993), na qual rechaçou e até acatou críticas relativas à apresentação da sua Teoria da Justiça como equidade, referida obra, esclarece e revisa alguns pontos de *Uma teoria da justiça* que, segundo o próprio autor, apresentavam erros ou não pareciam claro. Com certeza, referidas mudanças foram muito importantes do ponto de vista filosófico.

Dessa forma, a principal mudança que Rawls atinge com as ideias desenvolvidas na obra *Liberalismo político*, é a demonstração de que uma sociedade bem-ordenada não pode ter por fundamento crenças morais abrangentes, em razão disso seria impossível nas sociedades democráticas atuais, caracterizadas pela pluralidade de concepções religiosas, filosóficas e morais. Ao estruturar seu liberalismo político, mantém as ideias centrais de *Uma teoria da justiça*, sem ignorar, entretanto, o fato do pluralismo razoável, com o intuito de fugir de uma posição metafísica que suscitasse acusação de fundamentalismo. Note-se que Rawls defende a

justiça como equidade da acusação de ser uma doutrina abrangente. Pretende que seja uma teoria exclusivamente política, capaz de conjugar o igualitarismo e o individualismo, e de “possibilitar a coexistência pacífica de grupos sociais diferentes” (OLIVEIRA, 2003, p. 10).

O Liberalismo Político de John Rawls, consiste numa tentativa de resposta ao seguinte problema prático: Qual é a concepção de justiça mais apropriada para especificar os termos de uma justa cooperação social entre cidadãos entendidos como livres e iguais?

O autor traz que a ideia de razão pública é o resultado decorrente da capacidade intelectual e moral que os membros humanos de uma sociedade têm de articular seus planos e de colocar seus fins numa ordem de prioridade, bem como sua capacidade racional de tomar decisões.

A razão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o *status* da cidadania igual. O objeto dessa razão é o bem do público: aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica das instituições da sociedade e dos objetivos fins a que devem servir (RAWLS, 2011, p. 261-262).

Conceitua o autor a razão pública como sendo: “Numa sociedade democrática, [...] “A razão de cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar sua constituição” (RAWLS, 2011, p. 263).

Daí decorre o primeiro problema, posto que “os limites impostos pela razão pública não se aplicam a todas as questões políticas, mas apenas àquelas que envolvem o que podemos chamar de “elementos constitucionais essenciais” e questões de justiça básica [...] (RAWLS, 2011, p. 263).

Outra característica da razão pública é que seus limites não se aplicam a nossas deliberações e reflexões pessoais sobre questões políticas, nem à discussão sobre elas por parte de membros de associações como as igrejas e universidades, constituindo tudo isso uma parte vital da cultura de fundo. [...] Mas o ideal de razão pública aplica-se aos cidadãos

quando atuam na argumentação política no fórum público e, por isso, também aos membros dos partidos políticos e aos candidatos em campanha, assim como a outros grupos que os apoiam. [...] Portanto, o ideal de razão pública não só governa o discurso público das eleições, quando aquelas questões fundamentais estão em jogo, como também a forma pela qual os cidadãos devem escolher no que votar a respeito dessas questões. Caso contrário, o discurso público corre o risco de ser hipócrita: os cidadãos falam uns com os outros de uma forma e votam de outra (RAWLS, 2011, p. 264).

Por fim, o autor nos traz que é importante distinguir “entre a forma pela qual o ideal de razão pública se aplica aos cidadãos e a forma como se aplica às diversas autoridades do Estado” (RAWLS, 2011, p. 264).

No que tange a razão pública e o ideal de cidadania democrática, Rawls elenca alguns princípios que devem ser observados. Segundo o autor, o princípio liberal da legitimidade, este princípio nos diz que “[...] nosso exercício do poder político é próprio e, por isso, justificável somente quando é exercido de acordo com uma constituição cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossem, à luz de princípios e ideias aceitáveis para eles, enquanto razoáveis e racionais” (RAWLS, 2011, P. 266).

Expõe o autor sobre os limites da razão pública, ideal de política democrática e ideal de razão pública. Como os cidadãos nascem no seio de uma sociedade na qual normalmente passam toda sua vida, criam entre si uma relação política democrática, na qual todos possuem um poder político coercitivo e o usam um sobre os outros, seja na hora de votar ou em tantas outras situações. Essa coerção deve se dar, a partir de uma diversidade de doutrinas filosóficas e religiosas que cada cidadão segue, explicando quais as bases de suas ações em termos que o outro entenda e aceite, respeitando as opiniões alheias, decorrente da liberdade e igualdade social. Procurar satisfazer essa condição é uma das tarefas que esse

ideal de política democrática exige de nós. Entender como se comportar enquanto cidadão democrático inclui entender um ideal de razão pública (RAWLS, 2011, p.267).

Toda sociedade possui valores políticos muito importantes, realizados por um regime constitucional bem ordenado. Não é fácil superar tais valores e também não se pode levemente abandonar os ideais que eles expressam. “Os cidadãos defendem o ideal da razão pública não em consequência de uma barganha política, como num *modus vivendi*, mas em virtude de suas próprias doutrinas razoáveis” (RAWLS, 2011, p.267).

O autor apresenta que existe um suposto paradoxo da razão pública, o qual é resolvido pelo fato de que “[...] é perfeitamente razoável prescindir da verdade como um todo [...]” (RAWLS, 2011, p. 268).

Continua a explicação alegando que

O que precisa ser demonstrado é se esse respeito aos limites da razão pública por parte dos cidadãos em geral é uma exigência de certos direitos e liberdades fundamentais e seus correspondentes deveres, ou se promove certos valores importantes, ou ambas as coisas. O liberalismo político apoia-se na conjectura de que os direitos e deveres, assim como os valores em questão, têm peso suficiente para que os limites da razão pública sejam justificados pelas avaliações globais das doutrinas abrangentes razoáveis, uma vez que essas doutrinas tenham se adaptado à concepção de justiça. (RAWLS, 2011, p. 268).

Quando se fala em questões políticas fundamentais, o autor apresenta que existem dois pontos de vista, baseados em questões privadas ou até mesmo pessoais, que a ideia de razão pública rejeita: o primeiro é guiado por nossas preferências e interesses: “[...] as pessoas podem votar apropriadamente em favor de suas preferências e interesses sociais e econômicos, para não falar em suas aversões e ódios.” O segundo é guiado por aquilo que entendemos ser a verdade absoluta: “[...] as pessoas podem votar naquilo que veem como certo e verdadeiro, tal como indicam

suas convicções abrangentes, sem levar em conta as razões públicas.” (RAWLS, 2011, p. 268).

Ao contrário da razão pública que é una, as razões não públicas são várias, dentre as quais o autor cita “[...] todos os tipos de associações: igrejas e universidades, sociedades científicas e grupos profissionais.” (RAWLS, 2011, p. 269).

Essas associações possuem argumentações acerca do que deve ser feito. Tais argumentações dizem respeito somente aos seus membros, e não à sociedade política e aos cidadãos em geral. São as chamadas “culturas de fundo”.

Numa sociedade democrática, o poder não-público, tal como, por exemplo, a autoridade das igrejas sobre seus membros, é livremente aceito. [...] Sejam quais forem as doutrinas religiosas, filosóficas ou morais abrangentes que endossamos, elas também são livremente aceitas, em termos políticos; pois, dadas as liberdades de consciência e pensamento, essas doutrinas nos são impostas por nós mesmos. [...] enquanto cidadãos livres e iguais, o fato de endossarmos essas visões é considerado algo que está no âmbito de nossa competência política, especificada por direitos e liberdades constitucionais fundamentais (RAWLS, 2011, p. 270-1).

Rawls (2011, p. 272-3) chama o conteúdo da razão pública de “concepção política de justiça”, supondo ser de caráter liberal em sentido muito amplo, o que explica a partir de três pontos: 1) [...] esse conteúdo especifica certos direitos, liberdades e oportunidades fundamentais; 2) [...] atribui uma prioridade especiais a esses direitos, liberdades e oportunidades, 3) “[...] esse conteúdo endossa medidas que garantem a todos os cidadãos os meios polivalentes adequados para tornar efetivo o uso de suas liberdades e oportunidades básicas.”

O autor justifica sua conceituação de justiça como política que é: a) articulada de forma a se aplicar exclusivamente à estrutura básica da sociedade, a suas principais instituições políticas, sociais e econômicas,

como um sistema unificado de cooperação social; b) apresentada independentemente de qualquer doutrina religiosa ou filosófica abrangente e mais ampla; c) elaborada em termos de ideias políticas fundamentais, vistas como ideias implícitas na cultura política e pública de uma sociedade democrática (RAWLS, 2011, p. 273).

Rawls (2011, p. 273-274) classifica os valores políticos liberais em dois tipos: 1º tipo: valores da justiça política: [...] pertence à mesma categoria que os princípios de justiça para a estrutura básica: os valores da igual liberdade política e civil; da igualdade de oportunidades; os valores da igualdade social e da reciprocidade econômica; e acrescentemos ainda os valores do bem comum, assim como as várias condições necessárias a todos esses valores; 2º tipo: valores da razão pública: [...] pertence à categoria das diretrizes da investigação pública que tornam essa investigação livre e pública. Aqui também estão incluídas virtudes políticas como a razoabilidade e a disposição de respeitar o dever (moral) de civilidade, os quais, enquanto virtudes dos cidadãos, ajudam a tornar possível a discussão pública refletida sobre as questões políticas.

Aplica-se ao conteúdo da razão pública o princípio da legitimidade política, o qual faz da apelação para “[...] crenças gerais e para as formas de argumentação aceitas no momento presente e encontradas no senso comum, e para os métodos e conclusões da ciência, quando estes não são controvertidos”, associando-os ao “[...] respeito às questões relativas aos elementos constitucionais essenciais à justiça básica, a estrutura básica e suas políticas [...]” justificáveis perante todos os cidadãos, “[...] a mais apropriada, ou talvez a única forma de especificar as diretrizes da investigação pública (RAWLS, 2011, p. 274).

Tanto quanto possível, o conhecimento e as formas de argumentação que fundamentam nossa aceitação dos princípios de justiça e sua aplicação a elementos constitucionais essenciais à justiça básica devem repousar sobre verdades claras, hoje amplamente aceitas pelos cidadãos

em geral, ou acessíveis a eles. Caso contrário, a concepção política não ofereceria uma base pública de justificação” (RAWLS, 2011, p. 274).

O autor argumenta que

[...] na justiça como equidade, as diretrizes da razão pública e os princípios de justiça tem essencialmente os mesmos alicerces. São partes complementares de um mesmo acordo. Não há razão pela qual qualquer cidadão, ou associação de cidadãos, deva ter o direito de usar o poder estatal para decidir sobre os elementos constitucionais essenciais da maneira como manda a doutrina abrangente defendida por essa pessoa ou associação. Quando igualmente representados, nenhum dos cidadãos pode atribuir a outra pessoa ou associação essa autoridade política. Nenhuma autoridade desse tipo dispõe, portanto, de fundamento na razão pública, e as doutrinas abrangentes e razoáveis reconhecem isso. [...] Aceitar a ideia de razão pública e seu princípio de legitimidade não significa, pois – o que é preciso deixar muito claro –, aceitar uma determinada concepção liberal de justiça até nos mínimos detalhes dos princípios que definem seu conteúdo. Podemos discordar a respeito desses princípios e, apesar disso, concordar em aceitar as características mais gerais de uma concepção (RAWLS, 2011, p. 275-276).

Rawls (2011, p. 277) anota que existe uma necessidade urgente de que os cidadãos cheguem a um acordo prático ao julgar acerca dos elementos constitucionais essenciais, quais sejam: a) os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as prerrogativas do legislativo, do executivo e do judiciário; o alcance da regra da maioria; b) os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar, tais como o direito ao voto e à participação na política, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento e de associação, assim como as garantias do império da lei.

O autor observa que em um regime constitucional com controle judicial da constitucionalidade das leis, a razão pública é a razão de seu supremo tribunal. A este respeito esboça que “a) a razão pública é bastante apropriada para ser a razão do tribunal no exercício de seu papel de intérprete judicial supremo, mas não o de intérprete último da lei mais alta; b) o

supremo tribunal é o ramo do Estado que serve de caso exemplar de razão pública.” (RAWLS 2011, p. 281).

Para clarificar essas duas questões o autor, traz à baila, de forma sucinta, cinco princípios do constitucionalismo: o primeiro refere-se à distinção feita por Locke¹ “[...] entre o poder constituinte do povo de estabelecer um novo regime e o poder ordinário das autoridades do governo e do eleitorado, exercido na política cotidiana”; o segundo é a distinção entre a lei comum e a lei mais alta. “A lei mais alta é a expressão do poder constituinte do povo e tem a autoridade mais alta da vontade de 'Nós, o Povo', ao passo que a legislação ordinária tem a autoridade do poder ordinário do parlamento e do eleitorado, e é uma expressão desse poder. A lei mais alta restringe e guia esse poder ordinário”; o terceiro refere-se à expressão de uma constituição democrática,

[...] fundada em princípios, na lei mais alta, do ideal político de um povo de se governar de uma certa maneira. O objetivo da razão pública é o de articular esse ideal. Alguns dos fins da sociedade política podem ser formulados no preâmbulo da constituição – estabelecer a justiça e promover o bem-estar geral -, e certas exigências são reconhecidas numa carta de direitos ou estão implícitas na estrutura do Estado – o devido processo legal e a igual proteção das leis. Juntos, pertencem aos valores políticos e sua razão pública. (RAWLS, 2011, p. 281-283).

O quarto

[...] é que, por meio de uma constituição ratificada democraticamente e que disponha de uma carta de direitos, o conjunto de cidadãos fixa de uma vez por todas certos elementos constitucionais essenciais [...]. Isso garante que as leis ordinárias sejam promulgadas de uma certa forma pelos cidadãos, enquanto livres e independentes.

Por fim, o quinto expõe que

[...] o poder supremo de um governo constitucional não pode caber ao legislativo, nem mesmo ao supremo tribunal,

¹ Locke em *Two Treatises*

que é apenas o melhor intérprete judicial da constituição. O poder supremo é detido pelos três poderes, numa relação devidamente especificada de uns com os outros e sendo cada qual responsável perante o povo.

A ideia de constituições e leis básicas justas e corretas não é determinada pelo resultado de um processo político real, mas sim, pela concepção política de justiça mais razoável.

Não há procedimento constitucional que não possa ser desobedecido ou desvirtuado, visando a proclamar regulamentos que infringem os princípios democráticos constitucionais básicos. Assim como também não há metodologia de perquirição, nem mesmo aqueles das investigações científicas e de ciência acadêmica que possa garantir, a longo prazo, que revelará a verdade.

O papel do tribunal, o qual [...] não é meramente defensivo, mas também o de dar uma existência apropriada e contínua à razão pública, ao servir de exemplo institucional. Isso significa [...] que a razão pública é a única razão que o tribunal exerce. [...]

Dizer que a Suprema Corte é a instituição exemplar da razão pública significa afirmar, também, que é função dos juízes procurar desenvolver e expressar, em suas opiniões refletidas, as melhores interpretações que puderem fazer da constituição, usando seu conhecimento daquilo que esta e os precedentes constitucionais requerem (RAWLS, 2011, p. 286).

A função do tribunal como instituição exemplar da razão pública tem como feitiço dar eficácia e vitalidade à razão pública, o que faz através de julgamentos permitidos sobre demandas de políticas fundamentais.

“A constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é.”

[...] em meio a qualquer grande mudança constitucional, legítima ou não, a Suprema Corte está fadada a ser um centro

de controvérsias. Muitas vezes seu papel obriga a discussão política a adotar uma forma baseada em princípios, de modo a tratar a questão constitucional de acordo com os valores políticos da justiça e da razão pública. [...] Ao focalizar a atenção em questões constitucionais básicas, isso educa os cidadãos para o uso da razão pública e seu valor de justiça pública. (RAWLS, 2011, p. 290).

Rawls descreve dois conceitos relacionados ao entendimento da razão pública: a) Visão exclusiva: “[...] no tocante a questões políticas fundamentais, as razões explicitamente oferecidas nos termos de doutrinas abrangentes nunca devem ser introduzidas na razão pública”; b) Visão inclusiva: “[...] permite aos cidadãos, em certas situações, apresentar aquilo que consideram a base dos valores políticos enraizados em sua doutrina abrangente, desde que o façam de maneiras que fortaleçam o ideal da própria razão pública” (RAWLS, 2011, p. 298-299).

A celeuma que surge, neste momento, é sobre qual visão deve-se entender o ideal de razão pública. Essa questão deve ser respondida partindo daquela “[...] incentiva mais os cidadãos a respeitarem o ideal da razão pública, assegurando suas condições sociais a longo prazo numa sociedade bem organizada” (RAWLS, 2011, p. 299).

Partindo-se dessa premissa, a visão inclusiva apresenta-se melhor. Porém, há que se observar que os limites apropriados da razão pública variam dependendo das condições sociais e históricas envolvidas.

Segundo Rawls (2011, p. 303)

[...] o principal é que os cidadãos precisam ser motivados a respeitar o ideal em si, no presente, quando as circunstâncias o permitem, mas muitas vezes podemos ser forçados a considerar uma perspectiva mais ampla. Em diferentes condições, com diferentes doutrinas e práticas concorrentes, o ideal pode ser atingido de formas diferentes: nos períodos favoráveis, seguindo o que à primeira vista talvez pareça ser a visão exclusiva; em períodos não tão favoráveis, pelo que talvez pareça ser a visão inclusiva.”

É certo que em qualquer caso, os cidadãos devem ser motivados a respeitar o ideal de razão pública, podendo esse ser atingido de diversas formas. Isso porque a concepção política de justiça e o ideal da razão pública apoiam-se mutuamente.

3 O SISTEMA JURÍDICO ADEQUADO CONSTITUCIONALMENTE: AS LIBERDADES BÁSICAS, OS CONTEÚDOS CONSTITUCIONAIS ESSENCIAIS E O MÍNIMO SOCIAL

Somente no início da década de 1990 é que Rawls harmoniza sua teoria da justiça como equidade com sua teoria política da justiça (a qual já inicia na década de 1980, e toma níveis de profundidade em sua abordagem sobre o liberalismo político), na qual o ideal de razão pública se formula de forma mais consistente, no sentido de que ela subtrai importantes matérias do âmbito deliberativo e decisório dos Poderes instituídos.

Entretanto, quais os requisitos dos chamados conteúdos constitucionais essenciais? São em número de três para Rawls, quais sejam: (a) devem ser justificáveis frente a qualquer um; (b) devem basear-se em realidades facilmente reconhecíveis, aceitáveis pelo sentido comum e demonstráveis segundo os métodos científicos; (c) devem ser completos no sentido de poder dar uma resposta pública e razoável a todos os casos, ou pelo menos a maior parte daqueles relacionados com os conteúdos constitucionais essenciais.

Nesta perspectiva, Rawls (2008) sustenta que os juízes constitucionais devem garantir o mínimo social especificado pelas necessidades básicas, mas isto não implica a adoção de uma posição moral compreensiva que imponha a estes magistrados uma determinada concepção de mundo, ao contrário, o autor opera com a lógica – equivocada - da existência de um operador jurídico neutro.

A concepção de justiça como equidade de Rawls (2008, p. 13) é a interpretação filosófica mais adequada da ideia de justiça social. De acor-

do com o autor, a teoria da justiça como equidade é uma vertente das teorias contratualistas. Rawls (2008, p. 13) deixa claro que seu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social na conforme encontrada, por exemplo, em Locke, Rousseau e Kant. Assim, esclarece Rawls (2008, p. 13-14):

Não devemos pensar no contrato original como um contrato que introduz uma sociedade particular ou que estabelece uma forma particular de governo. Pelo contrário, a idéia norteadora é que os princípios da 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.

De acordo com o ponto de vista do ideal de justiça social, uma sociedade bem ordenada, conforme a teoria da justiça de Rawls, é aquela que promove a distribuição dos bens materiais que assegura a maximização das classes menos favorecidas, diminuindo os limites de desigualdades. Rawls (2008, p. 122) brilhantemente observa que: “A distribuição natural não é justa nem injusta; nem é injusto que as pessoas nasçam em alguma posição particular na sociedade, esses são simplesmente fatos naturais. O que é justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esses fatos.”

Ressalte-se que os direitos fundamentais sociais se constituem de conquistas originadas por movimentos sociais ao longo da evolução da sociedade. Porém, são efetivamente reconhecidos a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, e, no Brasil, através da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que os consagrou em seu artigo 6º.

O conceito de direitos fundamentais sociais pode ser descrito nas palavras de Moraes (2002, p. 202):

Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Destaca-se que o Título I da Constituição Brasileira de 1988 é dedicado aos princípios fundamentais do Estado Brasileiro, a saber: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, e o pluralismo político.

Já os direitos fundamentais sociais no âmbito da Constituição Federal de 1988, são tratados no Capítulo II do Título II, em seu artigo 6º, onde estão elencados os direitos sociais que são: o direito à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e infância, e assistência aos desamparados. Ainda, os direitos sociais dentro do quadro de direitos fundamentais, representa um rol de direitos positivos, isto é, direitos que exigem o dever prestacional do Estado ou do particular (ALEXY, 2008, p. 233).

A noção de mínimo existencial é tema relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição como um dos fundamentos da ordem constitucional (art. 1º, III) e como uma das finalidades da ordem econômica (art. 170, caput), na medida em que representa, em linhas gerais, o mínimo necessário para a vida humana digna.

Os direitos sociais estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, direitos como o direito à saúde, à assistência social, à moradia, à educação, à previdência social tem por objetivo conferir aos cidadãos uma existência digna.

Schwarz (2016, p. 46) nos ensina que os direitos sociais sustentam um conceito de mínimo existencial na medida em que não poderão deixar de serem efetivados sob pena de se afrontar a dignidade da pessoa humana, de modo que se tornam uma obrigação do Estado que deverá

proporcionar aos seus cidadãos a implementação destes direitos mínimos, através de políticas públicas sociais, com ou sem parcerias privadas, de forma a possibilitar o acesso de todos esses bens primários e imprescindíveis a qualquer ser humano em um estado social.

O mínimo existencial e dignidade da pessoa humana relacionam-se ao tema da efetividade dos direitos sociais, na medida em que são utilizados pela doutrina como parâmetro para verificar o padrão mínimo desses direitos a ser reconhecido pelo Estado.

Não há que se olvidar consoante explicitado anteriormente que a formulação, e reformulações, dos princípios de justiça por Rawls (2008), tendo em vista uma sociedade cooperativa e “bem-ordenada”, demonstram a sua preocupação com a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos para o exercício dos direitos e liberdades fundamentais básicos, assim para ele não há como se falar em exercício efetivo dos direitos fundamentais, sem pressupor a satisfação das necessidades básicas, como alimentação, saúde e habitação. Esse é o mínimo material, chamado pelo autor de “mínimo social”, eis a razão de ser elemento constitucional essencial.

Uma concepção política depende da identificação da categoria de questões fundamentais para as quais essa oferece respostas razoáveis. Segundo Rawls (2008), essa categoria seria formada pelos elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça básica. Em relação aos elementos constitucionais, ele os divide em dois tipos, os princípios que definem a estrutura geral do Estado e do processo político e os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania. As duas correntes de princípios expressam valores políticos.

Ainda, conforme Rawls (2008), a diferença entre eles pode ser explicada a partir da estrutura básica do Estado, que, nesse caso, tem dois papéis. O primeiro, em relação aos princípios que abarcam as liberdades individuais, ela garante que estes sejam observados e respeitados e insti-

tui procedimentos justos, definindo a forma de aquisição do poder político e os limites de seu exercício.

Quanto aos princípios que abarcam os princípios de justiça distributiva, tem-se que esta cria as instituições que fomentam a justiça social e econômica aos cidadãos livres e iguais.

Embora possa haver discussão acerca da efetividade dos dois tipos de princípios, é certo que haverá mais acordo em relação àqueles que definem direitos e liberdades fundamentais do que acerca dos voltados à justiça econômica e social, até mesmo pela questão da dificuldade de implementação em relação ao segundo tipo.

Podem surgir discussões sobre esses princípios; mas enquanto houver um acordo razoável acerca destes, haverá cooperação política entre os cidadãos livres e iguais.

Desta forma, para uma maior efetividade dos direitos sociais e sua implementação nos estados democráticos, é necessário que a constitucionalização destes direitos se dê de forma paulatina, como forma de se possibilitar o acesso de todos - principalmente dos mais vulneráveis - aos bens primários e necessários a sobrevivência e subsistência dos seres humanos, os quais se denominam de mínimo social.

4 O DEBATE ENTRE JOHN RAWLS E FRANK MICHELMAN: O PAPEL DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA

Ressalte-se que no debate que Rawls mantém com Frank Michelman, este sustenta que os direitos sociais em termos de constitucionalismo contemporâneo devem fazer parte, obrigatoriamente, de uma Constituição Democrática (MICHELMANN, 1939, p. 34)

Neste sentido, diz que a distinção de Rawls entre mínimo social especificado pelas necessidades básicas, por um lado, e o conteúdo do princípio da diferença (somente no texto Liberalismo Político), por outro,

afigura-se demasiadamente importante à conceituação dos Direitos Sociais Fundamentais, fortalecendo a ideia de que os juízes constitucionais (no caso brasileiro, todos os magistrados, em face da possibilidade do controle difuso) devem garantir o mínimo social especificado pelas necessidades básicas. Aqui, são as necessidades básicas sociais e os objetivos e finalidades indicados na Carta Política que devem demarcar a compreensão mais razoável do magistrado sobre uma concepção pública de justiça.

Dá a correta conclusão de Michelman no sentido de que os princípios de justiça política em Rawls ganham outra dimensão, pois conformam aqueles conteúdos constitucionais essenciais, incluindo tanto direitos e liberdades básicas (notadamente individuais, e, enquanto tais, direitos subjetivos), como o chamado mínimo social indispensável à satisfação das necessidades das pessoas (condição de possibilidade), o que lhes permitem o exercício de seus direitos constitucionais.²

Por certo que houve certa superação da teoria ideal de justiça posta na *Teoria da Justiça* em face do texto sobre o *Liberalismo Político*, substituindo aquela por uma teoria política da justiça que busca assegurar a estabilidade das sociedades pluralistas e democráticas contemporâneas, todavia, persiste a questão de que o centro neural de preocupação de Rawls ainda é o atinente aos direitos individuais, na forma jurídica de direitos subjetivos.

Michelman adverte que, a despeito das considerações de Rawls, pode-se perceber ainda hoje a existência, dentre outras, de uma objeção de peso contra o reconhecimento judicial dos direitos sociais fundamentais – e do mínimo social -, a saber, o que diz com o conceito de direito subjetivo e sua restrição normativa e dogmática à legalidade estrita e gra-

² Apesar de Michelman reconhecer que Rawls, até o fim de sua obra, não associa o mínimo social necessário à satisfação das necessidades das pessoas como direito básico, pois isto significaria a negação do primeiro princípio de justiça (da garantia das liberdades básicas) em face dos direitos sociais, econômicos e culturais. Por tais razões é que na perspectiva de Rawls não há claros fundamentos ou razões de como se chega ao conceito de necessidades básicas (somente liberdades básicas).

matal. É argumento de Michelman que se trata, isto, de certo esquema sofisticado de filosofar político, e seus fundamentos de ruptura drástica à ideia – e tradição - de *direito natural pré-institucional*, no sentido de que certos direitos provém diretamente da concepção adequada do que é ser uma pessoa humana, e que isto tem de ser aceito por qualquer sociedade que aspire a não ser monstruosa (MICHELMAN,1979, p. 680).

Ocorre que ao lado da dimensão ética e moral dos Direitos Humanos e Fundamentais, impõe-se, principalmente a partir da Era Moderna, a necessidade destes se incorporar aos sistemas e ordenamentos jurídicos constituídos, sob pena de não poderem, à luz da lógica jurídica dominante, ser objeto de proteção e implementação estatal.

A expressão Direitos Fundamentais, conforme Baratta (2007, p.108), surge pela primeira vez na França, por volta de 1770, no âmago do movimento político que conduziu à revolução de 1789, logo alcançando outros países, como a Alemanha. Nesse país, o tema dos Direitos Fundamentais, tratado pela expressão *Grundrechte*, evidencia a relação jurídica, em termos de direitos e garantias individuais, que se estabelece entre cidadão e Estado. Daí em diante, grande parte da doutrina tem entendido que os Direitos Fundamentais são aqueles Direitos Humanos positivados nas Constituições dos Estados. Mais modernamente, a expressão ganhou alargamento de compreensão, significando, por exemplo, “*la síntesis de las garantías individuales contenidas em la tradición de los derechos políticos subjetivos y las exigencias sociales derivadas de la concepción institucional Del derecho.*” (LUÑO, 1996, p. 31).

É bem verdade que este processo apresenta uma performance perversa, pois, ao positivar determinados direitos, catalogando-os como Fundamentais, a partir de agora o que não estiver normatizado juridicamente não é matéria passível de ser protegida ou implementada

pelo Estado³. Como quer Peces-Barba (1994, p. 241)⁴, nesta linha de raciocínio, utilizar o termo direito para realidades morais sem inclusão dessas no âmbito do direito positivo, sem constituir normas válidas, é puro jusnaturalismo, despido do grau de eficácia que se espera de um ordenamento jurídico vinculante.

De qualquer sorte, revela-se impossível aos novos padrões de conhecimentos científicos da modernidade negar totalmente significação aos elementos não positivados da cultura passada, sobremaneira aos componentes axiológicos e éticos presentes no patrimônio moral até então constituído, incorporados – direta ou indiretamente – pelas ordens constitucionais da maior parte do Ocidente ao longo do século XX. Este patrimônio se apresenta como o direito que cada homem tem de possuir direitos, afirmação que evidencia uma das possíveis fundamentações do próprio direito.

Pela ótica da dogmática vigente do conceito de direito subjetivo ao qual se refere Michelman, enquanto direitos não se positivam, permanecem como reclamações válidas no plano moral.

Se para o jusnaturalismo tradicional, os direitos subjetivos são independentes do que dispõem as normas de direito objetivo, pois, faculdades e poderes inatos ao homem que os possui pelo só fato de ser homem, o direito positivo vai reconhecê-los e regulamentar seu exercício. A Era do Positivismo vai impor uma nova leitura a este tema, sustentando que estes direitos até existem, mas não são jurídicos, tão-somente morais (BARBA, 1999, p. 38):

A tratadística do Direito na cultura jurídica ocidental, por sua vez, vem mantendo este entendimento sobre a ideia de direito subjetivo. Des-

³ Importa lembrar que o Estado neste modelo só pode agir/fazer o que a lei lhe permite.

⁴ Acredita o autor que a transformação dos direitos morais em direitos legais dão lugar à fusão entre legitimidade crítica e legitimidade legalizada.

de Rudolf von Ihering (1975, p. 123), com a tese de que “*los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegido.*”

Há que se reconhecer, a despeito desta posição da dogmática jurídica, que a tese identificada na base deste argumento, i.é., a de que faltando a proteção jurídica isto significa que inexistente o próprio direito, não pode se sustentar, pois estar-se-ia aceitando o argumento de que a previsão normativa e mesmo jurisdicional no âmbito dos direitos humanos e fundamentais se apresentam como seus elementos constitutivos, o que não é verdade, haja vista o reconhecimento internacional de determinadas prerrogativas fundamentais sem que existam mecanismos de proteção jurisdicional absolutamente precisos já estabelecidos – como os direitos e garantias firmados pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, que desde há muito existem e somente nesta década de 1990, pelo Brasil, foram incorporados no ordenamento jurídico pátrio; ou mesmo em face dos chamados novos direitos (manipulação genética, realidade virtual, comércio de órgãos), em que inexistem disposições normativas definitivas, o que não impossibilita a proteção da vida humana digna.

Bidart Campos, afirma que o direito objetivo, na verdade, se apresenta como ferramenta de subsistência dos Direitos Humanos – na condição de direitos subjetivos – nas hipóteses de violações, obstáculos ao gozo do exercício e acesso a eles. Tais ferramentas cabe ao Estado providenciar e gerir, principalmente visando à implementação de tais direitos, pois tratam-se de “*vías para impelir al Estado a adoptar, promover, conducir y desarrollar com agilidad y eficacia las politicas de bienestar y la gestión del bien común.*” (CAMPOS, 1994, p. 135).

Destarte, se os direitos subjetivos corporificam a existência de normas de comportamentos e condutas sociais obrigatórias, proibidas, permitidas ou facultativas, em certo tempo e espaço defendidos por determinadas culturas hegemônicas histórica e conjuntamente, também implicam normas que estabelecem quem, em que condições, de que for-

ma (procedimentos) podem realizar atos que possuam efeitos jurídicos sobre outras pessoas/indivíduos/cidadãos – tanto em nível legislativo, judicial ou executivo -, a saber, o Estado Democrático de Direito, que vem se impondo como implementador de políticas públicas (normatizadas) que visam dar concretude aos Direitos Humanos e Fundamentais.

Tal fato permite reconhecer como direito subjetivo não só as normas de condutas, mas, e principalmente, as normas de organização política e institucional do Estado, superando sua identificação com os típicos direitos negativos do modelo de Estado Liberal clássico, bem como aquelas que dizem com os princípios constitucionais e infraconstitucionais protetivos de Direitos Humanos e Fundamentais– e suas regras densificadoras -, constituindo-se verdadeiro grupo de direitos subjetivos públicos indisponíveis e vinculantes.

A presente concepção de direitos subjetivos públicos, requer a assimilação de dois referenciais indispensáveis: a constitucionalização e a fundamentalização destes direitos. O primeiro refere-se à incorporação dos direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas (constitucionais), subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário; a segunda consideração aponta para a especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material. O sentido formal, geralmente associado à sua natureza constitucional (e suas progressivas infraconstitucionalizações), assinala três dimensões relevantes: (a) superioridade hierárquica; (b) constituem-se, muitas vezes, em limites materiais da própria revisão (Constituição Brasileira, art. 60, § 4º); (c) vinculam, imediatamente, os poderes públicos, constituindo-se em parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativo, administrativo e jurisdicional. O sentido material, por sua vez, significa que o conteúdo dos Direitos Fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da Sociedade (TRUYOL Y SERRA, 2006, p. 217).

Em face de tais ponderações, não há como consentir com o conceito de direito subjetivo desenhado por Michelman, exatamente pelo fato dele reforçar a sua dimensão meramente individual, na medida em que exige para o seu reconhecimento: (a) que seja reconhecido que o sujeito de direito individual tenha um interesse próprio em S; (b) que seja reconhecido que este interesse individual é regularmente e de modo detectável passível de ser exercido (direito subjetivo) em face do sistema jurídico em que ele se situa, implicando influência prática sobre decisões judiciais em uma direção evidentemente favorável ao cumprimento do interesse (individual); (c) que seja reconhecido que tal influência depende de que S esteja em jogo, distinguindo-se, assim, da generalidade de outros interesses que esta pessoa possa ter e que outros possam ter.

Diante de tais requisitos, o interesse pessoal de um indivíduo em pode ser selecionado da quantidade de interesses que outra (ou outras) pessoa possa ter, e lhe é atribuído um peso especial na solução de disputas jurídicas que lhe envolvam, como se fosse possível imaginar a satisfação de algum interesse individual que não operasse qualquer tipo de consequência externa a ele⁵.

Esta ideia de direito subjetivo, por sua vez, é estruturada a partir de cinco categorias distintas e complementares, a saber: (a) direitos fundamentais correspondentes no maior grau possível a iguais liberdades subjetivas de ações; (b) direitos fundamentais dos indivíduos enquanto membros de uma comunidade jurídica; (c) direitos fundamentais à proteção jurídica; (d) direitos fundamentais à participação política e (e) direitos fundamentais às condições de vida necessárias para o desfrute, em igualdade de oportunidades, dos direitos mencionados nas categorias anteriores.⁶

⁵ A proteção da propriedade privada, por exemplo, demanda a existência de força pública e recursos do Estado, os quais, ao serem deslocados para tal função, deixam de atender a outras envolvendo segurança pública geral.

⁶ Idem, p.188. Veja-se que o direito subjetivo de participação política, por exemplo, tem de ser compreendido como direito/dever, na acepção de Karl Larenz, diferenciando-se do conceito de direito subjetivo como poder, reconhecido pelo direito objetivo, de participar na criação de uma norma individual

A lógica do autor alemão aqui é a de que as primeiras três categorias de direitos fundamentais asseguram a autonomia privada dos cidadãos associados livremente, enquanto que a quarta categoria assegura a autonomia pública dos sujeitos de direito, enquanto auto-legisladores e auto-gestores dos interesses comunitários (e, em face disto, dos seus próprios interesses), imprimindo legitimidade aos códigos jurídicos. Já a quinta categoria de direitos fundamentais – onde se localizam os direitos sociais fundamentais –, servem como condição de possibilidade à realização das demais categorias de direitos, reconhecendo, pois, o autor, que os direitos sociais fundamentais se afiguram como meios necessários à realização dos demais direitos.

5 OS JUÍZES, A GARANTIA DO MÍNIMO SOCIAL ESPECIFICADO PELAS NECESSIDADES BÁSICAS E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS A PARTIR DE UMA CONCEPÇÃO PÚBLICA DE JUSTIÇA

E efetivação dos direitos sociais tem sido tema de intensos debates entre filósofos e operadores do direito, suscitando grandes discussões que vão desde a origem do direito social e seu reconhecimento como direito fundamental, até a necessidade ou não de que estes direitos estejam inseridos nas constituições como forma de dar maior legitimidade e efetividade a esses direitos, de forma a assegurar as mínimas condições de sobrevivência do ser humano, notadamente em relação aquelas pessoas que se encontram em situação de extrema vulnerabilidade social.

A evolução da sociedade das tecnologias da informação tem levado aos povos uma consciência consistente em direitos humanos e pos-

por intermédio de uma ação específica – reclamação ou queixa, uma vez que direito e dever devem ser pensados como uma única categoria/posição jurídica. In LARENZ, Karl. Base delnegociojuridico y cumplimiento de los contratos. Madrid : Editorial Revista Derecho Privado, 1986, p.51. Ver também o texto do mesmo autor chamado Derechocivil : parte general. Madrid: Revista do Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p.118 e seguintes.

sibilitado uma reflexão sobre os direitos fundamentais sociais, de modo a exigir do estado constituído a efetivação destes direitos sociais, mesmo que de forma mínima, para possibilitar a inserção dos menos favorecidos no ambiente social e assim poder desfrutar dos benefícios e bens disponíveis em uma sociedade na qual está inserido.

Com isso, ficou em evidência a necessidade de se dar mais eficácia aos direitos sociais na medida em que nos dias atuais se exige uma postura mais ativa do estado em termos de proteção aos seus cidadãos, já que a subsistência é uma necessidade básica de todo ser humano. O que ocorre hoje é que já há uma maior consciência desses direitos mínimos e uma procura por sua efetivação, seja através de ações políticas diretamente ao estado, impelindo-o a fomentar as políticas públicas de inclusão social, sendo através de ações judiciais buscando a tutela do Poder Judiciário.

De uma ou de outra forma, vê-se que alguns progressos foram alcançados na implementação e constitucionalização dos direitos sociais no mundo.

Os direitos sociais por também serem direitos humanos não necessitariam de nenhuma regulamentação para serem reconhecidos, principalmente aqueles direitos mínimos necessários a qualquer ser humano para que possa viver com dignidade. Contudo, um passo muito importante para o reconhecimento e efetivação de qualquer direito é sua positivação nos ordenamentos jurídicos dos Estados, situação que também possibilita a exigência de forma mais contundente destes direitos, inclusive na esfera judicial.

As intervenções judiciais para a implementação de direitos sociais tem sido assunto de muitas controvérsias nos meios doutrinários e jurisprudenciais, em face do princípio da separação de poderes, onde não caberia ao poder judiciário implementar direitos que estariam na alçada das políticas públicas do estado por seu poder executivo. O Juiz quando prola sentença determinando a efetivação de um direito social a uma pessoa não pode ter o conhecimento de todos os impactos e repercussões que isso pode causar em relação à coletividade envolvida, ou seja, os

demais membros daquela sociedade, mormente porque não poderia ter o poder discricionário de decidir a forma de utilização dos recursos orçamentários e as prioridades na sua execução.

Quanto a este aspecto, a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a realização de gastos para satisfação de direitos sociais sem previsão orçamentária, tem sido tormentosa a discussão, dada a extensão e complexidade do tema. De um lado, tem-se que, diante da escassez de recursos e da impossibilidade de atendimento concomitantemente de todas as demandas sociais que cabem ao Estado, seria incumbência do legislador escolher as prioridades a serem atendidas, o que o faz quando da elaboração da lei orçamentária, analisando os vários aspectos sociais políticos e econômicos, já que somente o legislador teria esta legitimação em razão da legitimidade do voto, bem como também por estar devidamente alinhado com os movimentos sociais e assim teria as melhores condições de relativizar as prioridades de modo que os recursos sejam aplicados no atendimento dos princípios da administração pública, principalmente o da eficiência (TORRES, 2006, p. 783-784).

O outro aspecto que merece destaque é o questionamento que se faz no sentido de que quando se condiciona a eficácia dos direitos sociais ao orçamento, significa submeter a força normativa da Constituição à vontade do legislador, dando a ele um poder acima do que foi a vontade do constituinte. Assim, considerando a natureza dos direitos sociais, por serem fundamentais, à teor da Constituição Brasileira, não poderia ter essa limitação por legislação inferior, ou mais ainda, pela vontade ocasional de legisladores, atendendo interesse outros que não aqueles estampados na Carta Magna. Desta forma, teríamos um contrassenso se admitir que o legislador frustrasse a possibilidade de efetivação de direitos sociais, quando não destinasse os recursos suficientes para a efetivação destes direitos. Além do mais, certos direitos sociais básicos - o mínimo social - são considerados pressupostos básicos em qualquer democracia, e,

assim, não haveria como invocar o argumento democrático para defender a impossibilidade de que decisões judiciais que concedam prestações não contempladas no orçamento (TORRES, 2006, p. 785).

Nesta linha de entendimento, quando a possibilidade de efetivação de direitos sociais via Poder Judiciário, traz-se a decisão abaixo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, sendo esta linha adotada pelo judiciário no brasileiro:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE IMPOSSIBILITADO DE ARCAR COM OS CUSTOS DO TRATAMENTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PODER PÚBLICO. GARANTIA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DO MEDICAMENTO E DA INCAPACIDADE FINANCEIRA EM ADIMPLI-LO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. IRRELEVÂNCIA. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE EM MATÉRIA DE PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E INOPONÍVEL FRENTE À TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DA REMESSA NECESSÁRIA. PRECEDENTES. - O direito à saúde é assegurado constitucionalmente, garantindo-se através de ações necessárias à sua promoção. - Comprovada a patologia do autor, bem como a necessidade de aquisição de medicamentos, conforme prescrição médica, imperioso dar efetividade ao direito à saúde, uma vez que se constitui decorrência da própria dignidade da pessoa humana.
(TJ-RN - Remessa Necessária: 20150200149 RN, Relator: Desembargador Des. João Rebouças., Data de Julgamento: 15/03/2016, 3ª Câmara Cível).

Desta forma, o mínimo social por se traduzir em condições mínimas de sobrevivência de qualquer ser humano, é um direito social básico e como tal também considerado direito fundamental, e a situação de estar ou não previsto na constituição não afasta a possibilidade de exigibilidade destes direitos, inclusive em demandas judiciais onde, mesmo de forma transversa se pode obter a efetivação de um direito quando este é negado por um estado democrático.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De longa data há uma espécie de discriminação em relação aos direitos sociais, sendo considerado um direito de segunda importância em relação aos direitos individuais e civis. Este legado certamente é decorrente da forma com que foram concebidas as declarações internacionais de direitos humanos, as quais levaram em conta os direitos individuais do ser humano, nem sempre o considerando em sua coletividade e, menos ainda, tratando de convívio social entre as pessoas com o meio em que estão inseridas, sendo apenas considerado o indivíduo isoladamente e afastado do contexto geral.

Neste estudo analisou-se a partir dos estudos e teorias de grandes filósofos, dentre eles John Rawls e Frank Michelman e, a partir de suas teorias e debates compreendeu-se melhor o papel dos direitos sociais em uma constituição democrática e a necessidade de num primeiro momento a contemplação desses direitos nas cartas magnas dos estados, como forma de possibilitar implementação desses direitos sociais e também que o cidadão possa exigir do estado, a efetivação desses direitos.

Restou evidenciado que a efetivação dos direitos sociais tem suscitando grandes discussões que vão desde a origem do direito social e seu reconhecimento como direito fundamental, até a necessidade ou não de que esses direitos estejam inseridos nas constituições como forma de dar maior legitimidade e efetividade a esses direitos, de forma a assegurar as mínimas condições de sobrevivência do ser humano, notadamente em relação àquelas pessoas que se encontram em situação de extrema vulnerabilidade social.

Verificamos os direitos sociais por também serem direitos humanos e, nesta condição, não necessitariam de qualquer outra regulamentação para que serem reconhecidos, ainda mais aqueles direitos mínimos, chamado mínimo social, que se traduzem em uma condição mínima necessária

para que o ser humano possa sobreviver e subsistir com um mínimo de dignidade que é inerente a qualquer pessoa em um estado democrático.

O que tem se visto é uma enorme dificuldade na inserção dos direitos sociais nas constituições em razão de que, diferentemente dos direitos civis, os direitos sociais necessitam de uma ação mais efetiva do estado para que possam ser efetivados, principalmente de políticas públicas capazes proporcionar a todos o acesso aos bens e direitos necessários a uma vida digna.

Por fim, muito embora se tenha conhecimento de que não é o ideal, quando o Estado não cumpre sua função na efetivação de direitos sociais, poderá o poder judiciário ser acionado no sentido de se buscar a implementação destes direitos, sem que se possa ferir a interdependência dos poderes, não obstante, sérias reflexões quanto à forma como esta intervenção judicial deverá ocorrer, sempre de forma a proteger um direito individual, mas sem causar maiores danos aos direitos coletivos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARATTA, Antoniello. *Diritti fondamentali*. Milano: Feltrinelli, 2007.

BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*. Madrid: Dykinson, 1999. Disponível em: <<http://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/334731476/remessa-necessaria-20150200149-rn>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls*. Trad. Alonso Reis Freire, São Paulo: Martins Fontes, 2008.

IHERING, Rudolf von. *El espíritu del derecho romano*. Madrid: Paidós, 1975.

LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1996. Neste sentido também HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

MICHELMANN, Frank I. *Welfare Rights and Constitutional Democracy*. Washington University Quarterly, 1979.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, N. **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

PECES-BARBA, Gregório. Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales. **Anuário de Derechos Humanos**, vol. 04. Técnos: Madrid, 1994.

RAWLS, John: **Uma teoria da justiça/John Rawls**: nova tradução, baseada na versão americana do autor, Jussara Simões: revisão técnica e tradução Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Tradução Álvaro de Vita. Ed. ampliada. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Direitos Fundamentais Sociais**: A dignidade humana e os direitos fundamentais sociais como referentes do Estado Democrático de direito / Rodrigo Garcia Schwarz. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2016. – (Série Direitos Fundamentais Sociais) TJ-RN - Remessa Necessária: 20150200149 RN, Relator: Desembargador Des. João Rebouças., Data de Julgamento: 15/03/2016, 3ª Câmara Cível.

TORRES, Silvia Faber. Direitos Sociais Prestacionais, Reserva do Possível e Ponderação: Breves Considerações e Críticas. In: Daniel Sarmento e Flávio Galdino. **Direitos Fundamentais**: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar.

A CATEGORIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO “FUNDAMENTAIS” A PARTIR DA SUA ASSOCIAÇÃO AO “MÍNIMO SOCIAL”: OS DIREITOS SOCIAIS NO SISTEMA JURÍDICO ADEQUADO CONSTITUCIONALMENTE

Nilson Feliciano de Araújo*

A discussão sobre a categorização dos direitos sociais como fundamentais tem sido tema de intenso debate nos meios doutrinários e jurisprudenciais em todos os estados democráticos e têm suscitado grandes confronto entre filósofos e operadores do direito em razão de que envolve, além do estudo dos direitos humanos, também a atuação do próprio estado no sentido de promover políticas públicas que possibilitem a efetivação dos direitos sociais.

O mínimo social é um núcleo duro do direito e está inserido naquelas mínimas condições que qualquer ser humano tem o direito natural de dispor, independentemente de quaisquer outros fatores sociais, políticos ou econômicos.

Neste estudo abordar-se-á inicialmente os princípios de justiça de John Rawls e a contribuição que este filósofo norte americano trouxe no estudo e conhecimento do tema, onde se verificará qual a abordagem que o autor traz em relação aos direitos sociais e a implementação destes em um estado democrático.

Na sequência, ainda sob a ótica de Rawls, analisaremos os conteúdos constitucionais e o mínimo social na perspectiva da obra *O liberalismo político* do autor, considerando o mínimo social como direito fundamental

* Nilson Feliciano de Araújo é servidor público do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região e professor nos Cursos de Direito e Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc, campus de Videira e Joaçaba. Mestrando em direito pela Unoesc, campus de Chapecó. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho; Direito Material e Processual Civil; Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional e Direito Administrativo, todos pela Unoesc; graduado nos cursos de Administração e Direito pela Unoesc, campus de Joaçaba.

da pessoa humana e a necessidade de concretização dos direitos sociais quando tratar-se daqueles básicos chamados de núcleo duro de direitos.

O papel dos direitos sociais nas constituições democráticas será abordado a partir do debate de dois importantes filósofos: John Rawls e Frank Michelman. Neste tópico far-se-á um contraponto entre a ideia dos dois autores sobre implementação de direitos sociais e apositivação destes nos sistemas jurídicos dos estados, mormente em seu estatuto básico, a constituição.

Por fim encerraremos este estudo com uma análise crítica da categorização e constitucionalização dos direitos sociais sob a ótica do mínimo social, destacando a importância da efetivação dos direitos sociais e sua constitucionalização, bem como a relevância do mínimo social como direito fundamental, o que tornaria desnecessário a positivação deste direito por estar inserido nas mínimas condições de dignidade da pessoa humana e fazer parte de um direito natural que antecede até a própria formação do estado.

2 OS PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA EM JOHN RAWLS

Os direitos sociais são frutos da evolução das sociedades ao longo dos tempos, sendo implementados nos estados democrático de direito somente após muitos confrontos entre capital e trabalho, consubstanciados pelos embates entre as classes sociais e políticas, aliado a influências religiosas e fatores econômicos, o que redundaram em alguns avanços consideráveis em relação aos direitos fundamentais em geral, sobretudo nos dois últimos séculos.

Contudo, não foram somente estes fatos sociais os responsáveis pelo avanço do estudo e ampliação dos direitos fundamentais no mundo. Os intensos debates patrocinados pelos historiadores e filósofos possibilitaram uma reflexão mais apurada e científica dos temas e conflitos sociais,

trazendo ferramentas mais confiáveis para o entendimento e busca de soluções para estes entraves.

Dentre estes filósofos que promoveram estes debates e aprofundamento na discussão da extensão destes direitos fundamentais está John Bordley Rawls, que nasceu em 21 de fevereiro de 1921, na cidade de Baltimore, região nordeste dos Estados Unidos. Era filho de William Lee Rawls (advogado constitucionalista) e de Anna Abell. Estudou na Universidade de Princeton nos Estados Unidos e também na Universidade de Oxford, na Inglaterra. Foi professor nas Universidades de Cornell e Harvard, nos Estados Unidos, onde, no período de 1962-70 escreveu o livro “Uma teoria da Justiça”, obra que trouxe enorme contribuição à filosofia moral e política, sendo uma obra clássica de leitura obrigatória, defendida e contestada, mas sempre referida por todos os que se incursionam na filosofia do direito (FIQUEIREDO, 2014, p. 158-159).

Em sua obra “Uma teoria da Justiça”, Rawls ressalta que o objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade e a forma com que as instituições sociais de um certo Estado distribuem os direitos e deveres fundamentais, bem como os direitos e obrigações decorrentes da chamada cooperação social (RAWLS, 2008, p. 8).

Rawls, conceitua justiça como o papel que os princípios distributivos na estrutura básica da sociedade possuem em relação aos direitos e deveres dos cidadãos e na divisão apropriada de vantagens sociais, sendo a concepção da justiça uma interpretação deste papel (RAWLS, 2008, p. 12).

Segundo Rawls, dentro de sua concepção eminentemente contratualista, onde cada um tem seu papel dentro de uma sociedade, com direitos e obrigações em comuns, os princípios de justiça vêm no início do chamado pacto original (contrato inicial de constituição de um Estado de Direito), como igualdade e liberdade para deliberar direitos, deveres, obrigações, benefícios e ônus a serem regidos. Essa é a formulação de princí-

pios sobre o qual o contrato é estruturado tomando por base dois princípios básicos da justiça como meio de ordenar a sociedade de forma justa.

Ao tratar destes dois princípios, Rawls diz que o primeiro objetiva assegurar acesso e o exercício de liberdades iguais de forma que todos desfrutem dos mesmos direitos e obrigações, sem privilégios de qualquer espécie. Estabelece que as liberdades individuais fundamentais e as de consciência e pensamento estejam asseguradas igualmente a todos e que o processo político como um todo seja um procedimento justo. O segundo princípio refere-se as desigualdades sociais e econômicas, e especifica que em um Estado democrático as políticas sociais e econômicas devem ser direcionadas aos mais necessitados como forma de se reestabelecer uma igualdade equitativa de oportunidades, assegurando assim a efetiva liberdade individual de forma igualitária a todos (RAWLS, 2008, p. 73-74).

Os princípios de justiça de Rawls objetivam, em um primeiro momento, tratar da estrutura básica da sociedade, estabelecendo as condições mínimas do contrato social para que possa existir e funcionar um Estado democrático, regulando as atribuições de direitos e deveres do indivíduo e da coletividade, bem como a forma com que as vantagens econômicas e sociais deverão ser acessadas pelos seus membros. Enquanto o primeiro princípio está mais voltado em possibilitar a ampla liberdade individual, o segundo trata de regular a aplicação do primeiro e corrigir eventuais desigualdades econômicas ou sociais que possam se verificar ao longo do processo.

No entender do autor, não é possível erradicar eventuais desigualdades econômicas e sociais entre os indivíduos que aceitaram o pacto original, o que leva a necessidade de que as associações devam prever organismos suficientes para que o equilíbrio das deficiências e desigualdades, de forma que estes se voltem em benefício da própria sociedade.

O autor usou a fórmula dos economistas chamada Otimalidade de Pareto, no que se aplica a distribuição de bens entre os consumidores

ou modos de produção, que explica as determinadas configurações dos sistemas econômicos para explicar o princípio da eficiência. Com base nessa fórmula, o princípio da eficiência diz que determinada configuração é eficiente sempre que é impossível modificá-la para melhorar a situação de algumas pessoas, ou ao menos uma, sem piorar a situação das demais, ao mesmo tempo (RAWLS, 2008, p. 82).

Existem muitas disposições eficientes da estrutura básica, cada uma delas traz uma divisão das vantagens advinda da cooperação social, mas o problema é escolher uma concepção de justiça que destaque uma delas que seja também justa, ou que, pelo menos, possa se reverter em melhorias gerais sem piorar a situação individual de alguns membros de certo grupo.

Segundo Rawls, diante desse impasse, todas as disposições eficientes são declaradas justas, mesmo em uma situação hipotética de que um indivíduo possa vir a ter tudo, teremos uma situação diversa para a estrutura básica. Tal fato ocorre porque, de modo geral, mesmo que a sociedade esteja dividida em classes há sempre a possibilidade de se melhorar a situação pessoal de um indivíduo isoladamente, o que demonstra que o princípio da eficiência não pode servir de forma isolada na concepção de justiça social, devendo sempre ser complementado por outras formas, já que em um sistema de liberdade natural, esse princípio sofre restrições por parte das instituições básicas, e qualquer forma de distribuição eficiente que venha a resultar do atendimento das restrições pode ser considerada justa, porque o próprio sistema seleciona uma distribuição eficiente.

Assim, segundo Rawls, o ideal de justiça social em uma sociedade bem ordenada é onde a distribuição dos bens e direitos seja realizada de tal forma que possibilite corrigir as diferenças e desigualdades entre as classes, onde se possa ser priorizar às classes e indivíduos menos favorecidos o amplo acesso a esses bens e direitos, corrigindo assim as desigualdades e se efetivando a verdadeira justiça social.

3 LIBERALISMO POLÍTICO, CONTEÚDOS CONSTITUCIONAIS ESSENCIAIS E MÍNIMO SOCIAL

O Liberalismo Político é uma das mais importantes obras do filósofo John Rawls. Nesta obra o autor, de certa forma, rebate as críticas e aprofunda o debate em torno da sua obra *Uma Teoria da Justiça*, abordando a justiça em um estado democrático, indagando de que forma é possível existir uma sociedade justa e estável que seja formada a partir de pessoas justas e iguais, inobstante as diversidades políticas, sociais e econômicas existentes entre elas. Segundo Rawls em sua teoria de justiça, somente poderá se chegar a um nível pleno de justiça e equidade se além desses interesses comuns também houver uma cooperação de todos, destacando que para a formação do contrato social é importante que cada um desempenhe seu papel para que possa auferir as vantagens, que são decorrentes de um sistema obrigacional que vincula o indivíduo, devendo este sempre proporcionar uma contraprestação em razão dos benefícios que recebe na convivência social.

Esta obra foi organizada a partir de conferências proferidas por Rawls, que depois foram publicadas, se organizando em forma de capítulos e tendo uma sequência lógica de desenvolvimento do tema, inicialmente em linhas gerais e se aprofundando no decorrer das conferências, de tal sorte que eleva a um nível bem maior a abordagem todo tema, acima dos conceitos e teorização tradicional dos filósofos contratualistas.

Rawls afirma que os princípios de justiça servem para regular a estrutura básica da sociedade se, contudo, se ater a algum dogma ou preceito supremo, mas sim um consenso entre os indivíduos de forma a se buscar benefícios que possam ser implementados a todos, superando as diversidades e pluralidade de entendimentos e vivência, objetivando um bem maior que é chamada cooperação social como forma de se atingir um nível pleno de efetivação dos princípios da justiça (RAWLS, 2008, p. 65-6).

Segundo Rawls (2011, p. 223), é por meio da justiça social e da justiça distributiva, que se conclama os indivíduos à responsabilidade no sentido de que preservem seus direitos básicos, necessários à sobrevivência e que também possam exigir do Estado a efetivação destes direitos, atendendo aos princípios de justiça e também dentro do mínimo social que é assegurado ao ser humano em seus direitos fundamentais sociais.

Inobstante a justiça social para Rawls ser o mesmo que política, vê-se que na verdade a justiça social vai mais longe no conceito, já que afeta o chamado núcleo duro do direito, afrontando a dignidade da pessoa humana e por isso entendido como direito fundamental (RAWLS, 2008, p. 30).

Os princípios de justiça de Rawls levam à caracterização do mínimo social, o qual se manifesta na liberdade do indivíduo de acesso aos bens primários essenciais à sua sobrevivência enquanto ser humano, e também ao combate às desigualdades que tendem a dificultar ou impedir que os menos favorecidos possam desfrutar desses bens e direitos, possibilitando, assim, a efetivação da justiça distributiva e garantindo o mínimo social ou existencial (RAWLS, 2011, p. 213).

Os direitos sociais sustentam um conceito de mínimo existencial na medida em que não poderão deixar de ser efetivado sob pena de se afrontar a dignidade da pessoa humana, de modo que se tornam uma obrigação do Estado que deverá proporcionar aos seus cidadãos a implementação destes direitos mínimos, através de políticas públicas sociais, com ou sem parcerias privadas, de forma a possibilitar o acesso de todos esses bens primários e imprescindíveis a qualquer ser humano em um estado social (SCHWARZ, 2016, p. 46).

No Brasil, a teoria do mínimo existencial ou social foi amplamente assegurada pela Constituição de 1988, chamada de constituição cidadã, já que estabeleceu como direito constitucional uma enorme gama de direitos sociais, bem como também definiu uma série de políticas públicas para a efetivação destes direitos. É bem verdade que inobstante a previsão no texto constitu-

cional, por ineficiência do Estado ou má aplicação dos recursos públicos (para não dizer fraudes de toda ordem), nem sempre o Estado consegue cumprir sua missão em proporcionar a efetivação desses serviços de modo a possibilitar aos cidadãos a plenitude do exercício de seus direitos sociais mínimo.

Contudo, inobstante a falta de efetividade dos direitos sociais nos estados democráticos, à exemplo do Brasil, verifica-se que grande caminho já foi percorrido em muitos países com a implementação de direitos sociais em seus ordenamentos jurídicos, principalmente quando inseridos na constituição, o que possibilita uma perspectiva maior de realização destes direitos, mesmo que sejam o mínimo social que se traduz em um direito fundamental do ser humano e deverá ser protegido em qualquer tipo de civilização.

4 O DEBATE ENTRE JOHN RAWLS E FRANK MICHELMAN: O PAPEL DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA

Entre as duas obras de John Rawls, Teoria da Justiça, de 1971, e Liberalismo Político de 1993 percebe-se uma profunda diferença no posicionamento do autor em relação aos direitos sociais, partindo-se de uma posição mais restritiva a existência dos direitos sociais e sua constitucionalização, para uma posição mais liberal na segunda obra, admitindo a existência destes direitos, inobstante com algumas restrições. Rawls vai revendo seu posicionamento de justiça social ideal para uma justiça social material, entendendo a complexidade do pluralismo que caracteriza as sociedades e a diversidade de necessidades e preferências individuais, e ampliando as formas de efetivação de justiça social diante destes novos elementos.

Vê-se que somente no início da década de 1990 Rawls vai harmonizar sua teoria da justiça como equidade com sua teoria política da justiça, na qual o ideal de razão pública se formula de forma mais consistente, no sentido de que ela subtrai importantes matérias do âmbito deliberativo e decisório dos Poderes instituídos. Defende o autor a necessidade de se ter conteúdos constitucionais essenciais, os quais: devem ser justi-

ficáveis frente a qualquer um; devem basear-se em realidades facilmente reconhecíveis, aceitáveis pelo sentido comum e demonstráveis segundo os métodos científicos; e devem ser completos no sentido de poder dar uma resposta pública e razoável a todos os casos, ou pelo menos a maior parte daqueles relacionados com os conteúdos constitucionais essenciais (RAWLS, 2011, p. 259).

No debate que John Rawls mantém com Frank Michelman, este sustenta que os direitos sociais em termos de constitucionalismo contemporâneo devem fazer parte, obrigatoriamente, de uma Constituição Democrática, dizendo que a distinção de Rawls entre mínimo social especificado pelas necessidades básicas, por um lado, e o conteúdo do princípio da diferença, por outro, afigura-se demasiadamente importante à conceituação dos Direitos Sociais Fundamentais, fortalecendo a ideia de que os juízes constitucionais devem garantir o mínimo social especificado pelas necessidades básicas. (RAWLS, 2011, p. 271).

No decorrer do tempo, houve a superação da teoria ideal de justiça posta na Teoria da Justiça em face do texto sobre o Liberalismo Político, substituindo aquela por uma teoria política da justiça que busca assegurar a estabilidade das sociedades pluralistas e democráticas contemporâneas, persistindo, entretanto, a preocupação de Rawls direcionada aos direitos individuais, na forma jurídica de direitos subjetivos, havendo ainda uma objeção do autor contra o reconhecimento judicial dos direitos sociais fundamentais e do mínimo social.

Ocorre que ao lado da dimensão ética e moral dos Direitos Humanos e Fundamentais, impõe-se, principalmente a partir da Era Moderna, a necessidade destes se incorporar aos sistemas e ordenamentos jurídicos constituídos, sob pena de não poderem, à luz da lógica jurídica dominante, ser objeto de proteção e implementação estatal.

É importante destacar que a expressão Direitos Fundamentais, surgiu pela primeira vez na França, por volta de 1770, no do movimento

político que conduziu à revolução de 1789, logo alcançando outros países, como a Alemanha. Nesse país, o tema dos Direitos Fundamentais evidencia a relação jurídica, em termos de direitos e garantias individuais, que se estabelece entre cidadão e Estado. Daí em diante, grande parte da doutrina tem entendido que os Direitos Fundamentais são aqueles Direitos Humanos positivados nas Constituições dos Estados. Mais modernamente, a expressão ganhou alargamento de compreensão, significando, abarcando não somente os direitos positivados, mas também a tradição e o próprio direito natural, que mesmo sem estar no ordenamento jurídico deve ser efetivado e respeitado pelos estados democráticos (BARATTA, 2007, p. 108).

No que se refere a esta posição da dogmática jurídica, há que se reconhecer que a tese identificada na base deste argumento, a de que faltando a proteção jurídica isto significa que inexistente o próprio direito, não pode se sustentar, pois estar-se-ia aceitando o argumento de que a previsão normativa e mesmo jurisdicional no âmbito dos direitos humanos e fundamentais se apresentam como seus elementos constitutivos, o que não é verdade, haja vista o reconhecimento internacional de determinadas prerrogativas fundamentais sem que existam mecanismos de proteção jurisdicional absolutamente precisos já estabelecidos, tais como os direitos e garantias firmados pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, que desde há muito existem e somente na década de 1990 foram incorporados ao sistema jurídico no Brasil.

Os direitos subjetivos estão estruturados a ideia de direito subjetivo, por sua vez, é estruturada a partir de cinco categorias distintas e complementares, a saber: (1) direitos fundamentais correspondentes no maior grau possível a iguais liberdades subjetivas de ações; (2) direitos fundamentais dos indivíduos enquanto membros de uma comunidade jurídica; (3) direitos fundamentais à proteção jurídica; (4) direitos fundamentais à participação política e (5) direitos fundamentais às condições de vida

necessárias para o desfrute, em igualdade de oportunidades, dos direitos mencionados nas categorias anteriores (HABERMAS, 2003, p. 188).

Segundo Habermas (2003), as primeiras três categorias de direitos fundamentais asseguram a autonomia privada dos cidadãos associados livremente, enquanto que a quarta categoria assegura a autonomia pública dos sujeitos de direito, enquanto auto legisladores e auto gestores dos interesses comunitários (e, em face disto, dos seus próprios interesses), imprimindo legitimidade aos códigos jurídicos. Já a quinta categoria de direitos fundamentais – onde se localizam os direitos sociais fundamentais -, servem como condição de possibilidade à realização das demais categorias de direitos, reconhecendo, pois, o autor, que os direitos sociais fundamentais se afiguram como meios necessários à realização dos demais direitos.

Nesta base reflexiva de Habermas (2003) estão alguns pressupostos procedimentais fundamentais, dentre os quais: (a) o de que uma compreensão procedimentalista consequente da constituição aposta no caráter intrinsecamente racional das condições procedimentais que apoiam a suposição de que o processo democrático, em sua totalidade, propicia resultados racionais; (b) o de que a Constituição e os direitos que nela constam não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta de valores e normas, destinada a impor a priori uma determinada forma de vida sobre a sociedade; (c) o de que a constituição determina procedimentos políticos segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (HABERMAS, 2003, p. 327).

O reconhecimento dos direitos sociais não necessita como condição de validade e exigibilidade não necessitam que estes constem expressamente nos textos constitucionais. Contudo, diante das cartas e tratados internacionais que são focados nos direitos individuais, os direitos civis têm prevalecido como regra nos ordenamentos jurídicos, ficando os direitos sociais à margem da norma, situação que dificulta sua efetivação.

Há também o receio de se dispor em textos constitucionais dispositivos que tratem de direitos sociais em razão de que, diferentemente dos direitos individuais, os direitos sociais necessitam na maioria das vezes, de políticas públicas do Estado para que possam se tornar efetivo. Assim, quando por razões políticas, econômicas ou culturais certo Estado não implementa estes direitos gera um descrédito na norma constitucional por inteira, situação que tem sido também um entrave para a constitucionalização dos direitos sociais.

Assim, mesmo diante destes percalços os direitos sociais são também direitos fundamentais e como tal devem ser respeitados, cabendo aos estados no objetivo de lhes dar mais efetividade, promoverem a previsão destes direitos nos textos constitucionais, ao menos os mínimos necessários à existência digna, de forma a possibilitar o pleno acesso aos bens primários de que faz jus qualquer ser humano que vive em um estado democrático de direito.

5 DO MÍNIMO SOCIAL À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: A CATEGORIZAÇÃO OS DIREITOS SOCIAIS COMO “FUNDAMENTAIS” A PARTIR DA SUA ASSOCIAÇÃO AO “MÍNIMO SOCIAL”

O mínimo social é assim entendido como uma espécie de núcleo duros dos direitos sociais, voltado à própria sobrevivência e subsistência do ser humano, advindo de a necessidade de acesso aos bens de forma a poder sobreviver, trabalhar, ter qualidade de vida e desenvolver suas capacidades e necessidades humanas. Não há uma definição muito objetiva do mínimo social em razão de que as condições necessárias a sobrevivência e do ser humana são variáveis e dependem de uma série de elementos que envolvem fatores culturais, políticos e econômicos de um Estado. Contudo, uma gama mínima de direito deve ser assegurada a todo cidadão em par que possa subsistir com uma mínimo dignidade.

Nos últimos anos muito se tem debatido sobre a eficácia dos direitos sociais de caráter prestacional, as políticas públicas e as ações do estado na efetivação de direitos sociais de seus cidadãos, o que tem suscitado também uma crescente judicialização de demandas sociais, ampliando o debate sobre este importante tema.

Os avanços são sentidos, e têm-se caminhado para a efetivação dos direitos sociais, inclusive na constitucionalização destes direitos, o que possibilita a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. Contudo, são raras as intervenções judiciais neste campo, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação de poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem em controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais, principalmente porque o magistrado ao proferir decisão pela efetivação de certo direito, sempre priorizar uma vontade individual sem ter o real conhecimento do impacto que esta efetivação de direitos terá em relação à coletividade, porquanto considerando-se que os recursos do estados são direcionados indistintamente à sociedade, em tese somente o agente público do estado teria as melhores condições de definir as prioridades na efetivação dos direitos sociais, inclusive por ter pleno conhecimento do orçamento e da forma de sua execução.

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 322-3), em estudo sobre a eficácia dos direitos fundamentais, aponta para a necessidade de reconhecimento de certos direitos subjetivos a prestações ligados aos recursos materiais mínimos para a existência de qualquer indivíduo. A existência digna, segundo ele, estaria intimamente ligada à prestação de recursos materiais essenciais, devendo ser analisada a problemática do salário mínimo, da assistência social, da educação, do direito à previdência social e do direito à saúde.

A ordem econômica e seus preceitos tem suplantado e relegado a um segundo plano à efetivação dos direitos sociais, cujo propósito consiste na concretização dos princípios da igualdade e da dignidade da

pessoa humana, embora seja preciso ter certa dose de cautela para não se chegar extremo de se exigir do uma atitude de provedor integral de todas as necessidades e anseios de seu povo, mas, não também se deve admitir que o Estado não possa nada ou quase nada em função das crises econômicas e falta de recursos. É neste meio termo se situa a necessidade de equilíbrio entre a dinâmica de emprego da reserva do possível em seu grau máximo, principalmente impedindo retrocessos nas conquistas sociais.

Vê-se uma dificuldade na implementação dos direitos sociais sua constitucionalização, decorrentes de um sistema voltados a proteção de interesses individuais, não havendo uma preocupação com o bem geral de uma coletividade, situação que prioriza os direitos civis em detrimento dos sociais, relegando a um segundo plano os direitos sociais e a obrigação do estado na efetivação de políticas públicas de inclusão de todos aos bens primários e necessários a subsistência, ou o mínimo social.

No Brasil, a Constituição traz em seus artigos uma forte previsão de direitos sociais, estando previsto não apenas os direitos sociais, como também o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional em caso de lesão ou ameaça à direito. Contudo, inobstante a previsão constitucional e competência ao poder judiciário para revisão da ação estatal, vê-se sérios entraves no papel do judiciário quanto a efetivação de direitos sociais e a interdependência dos poderes.

Nesta linha, o reconhecimento da força normativa da Constituição foi uma importantíssima conquista do constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Contudo, o papel do Judiciário na efetivação da Lei Maior não tem eliminado a tensão democrática que existe quando o mau funcionamento do estado se reflete na sonegação de direitos. E nem me se discute aqui à delicada questão relativa à legitimidade democrática da vinculação das gerações atuais às deliberações adotadas no passado, pela geração que participou da Assembleia Constituinte, mas tão somente no caráter vago e aberto da maior

parte das normas que consagram direitos sociais, que não definem aquilo que o cidadão pode exigir em juízo a partir delas (BARROSO, 2000, p. 77).

Por fim, os direitos sociais são direitos fundamentais e como tal devem ser tratados, notadamente em razão do mínimo social, ou existencial, que são as condições mínimas que qualquer ser humano tem assegurado, inobstante qualquer norma positivada, bastando por si só, sem que necessite também intervenção do poder judiciário para sua efetivação. Outro entendimento levaria a degradante situação de que o ser humano não foi criado para o convívio social e que não devemos nos preocupar com o bem-estar do outro para assegurar as condições mínimas de sobrevivência.

6 CONCLUSÃO

A eficácia dos direitos sociais tem sido objeto de acalorados debates tanto entre os filósofos quanto os operadores do direito, na medida que com a evolução e progresso dos povos, há um desejo e necessidade de prementes dos povos em ter acessos aos bens primários e necessários à subsistência.

Também a globalização e os meios de comunicação possibilitam uma socialização das condições de vida em vários locais do mundo, o que possibilita às pessoas fazerem comparação entre o modo de vida nos mais diferentes locais, possibilitando uma análise crítica e comparações num primeiro momento e, a seguir, se exigir do estado a implementação destes direitos sociais básicos e inerentes ao próprio direito humano, chamado de mínimo social ou existencial.

Nas declarações e tratados internacionais têm prevalecido o regramento dos direitos civis em detrimento dos sociais, já que estes instrumentos foram concebidos a partir do indivíduo para - ou até em certas situações até contra - a coletividade que está inserido. Assim, o direito social tem sido relegado a segundo plano, também em razão de que em algumas situações

se torna mais difícil a implementação, já que necessita de uma atuação do estado através de políticas públicas, o que nem sempre acontece.

Os direitos sociais são compostos por um mínimo social no qual estão inseridas necessidades básicas e necessárias a própria sobrevivência do ser humano, razão pela qual está situado na órbita do núcleo duro e básico de direitos, não sendo possível contemporizar ou relativizar estes direitos, que devem ser implementados e efetivados independentemente de qualquer preceito ou norma, já que são direitos humanos fundamentais natos do ser humano, que precedem até a existência de um Estado.

Para o reconhecimento dos direitos sociais não é necessário, como condição de validade e exigibilidade, que estes constem expressamente nos textos constitucionais.

Contudo, a constitucionalização dos direitos sociais certamente trará mais efetividade a esses direitos já que, diferentemente dos direitos individuais, os direitos sociais necessitam na maioria das vezes, de políticas públicas do Estado para que possam se tornar efetivo, o que tem causado certo dissenso entre os filósofos do direito, uns porque embora reconhecendo a existência do direito social, entendem não ser necessário sua inserção nas constituições dos Estados. Já outros em razão de que estes direitos dependem de implementação de políticas públicas por parte dos estados, ficando assim dependentes de implementação e vinculadas a fatores políticos sociais e econômico de cada estado, o que dificulta a implementação

Tem-se observado significativos avanços tanto na efetivação quanto constitucionalização dos direitos sociais, vinculando os estados e obrigando estes a instituir as políticas de efetivação destes direitos e, por outro lado, possibilitando também a exigência em juízo de prestações positivas do Estado, inobstante haver sérias resistências na intervenção judicial quando se refere a implementação de direitos sociais envolvendo políticas públicas do estado, o que pode gerar uma interferência da atuação de um poder na competência do outro, ou seja, ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo.

Por fim, em razão de que o mínimo social são necessidades básicas e elementares do ser humano, imprescindíveis à sua sobrevivência, e tratando-se de um direito social, deve ser categorizado como direito fundamental e assim ser implementado nos sistemas jurídicos dos estados, sendo desnecessária sua previsão em qualquer norma ou preceito, já que se trata de direitos humanos e inerentes ao ser, traduzindo-se em um patrimônio natural do ser humano e anterior a existência do próprio estado.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Antoniello. *Diritti fondamentali*. Milano: Feltrinelli, 2007.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Teoria da Justiça de John Rawls: Possibilidades e avanços no Estado Democrático de Direito Brasileiro*. Revista Jurídica Uniandrade – Vol. 1 – 2014.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2008
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Álvora de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Direitos Fundamentais Sociais: A dignidade humana e os direitos fundamentais sociais como referentes do Estado Democrático de direito / Rodrigo Garcia Schwarz*. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2016. – (Série Direitos Fundamentais Sociais)

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed.
Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 322-323.

CONSIDERAÇÕES SOBRE TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS¹

Renato de Carvalho Ayres*

INTRODUÇÃO

Diante do aprofundamento das desigualdades sociais e econômicas, cresce em importância o debate sobre o tema da justiça social.

Nesse espaço, onde a questão central gravita em torno da adequação do sistema de liberdades fundamentais com um projeto de justiça elementar e igualdade de direitos básicos, destaca-se a teoria da justiça formulada por John Rawls, cuja obra principal *Theory of Justice*, de 1971, reorientou o pensamento filosófico ocidental sobre o tema, consagrando-se como novo paradigma da Filosofia Política contemporânea (GARGARELLA, 2008).

Ao contrário do Liberalismo Clássico, em que a defesa da inviolabilidade dos direitos individuais fez com que o protagonismo dessa corrente de pensamento se ocupasse do papel da legitimação do Estado, com a formulação de teorias de justificação da autoridade do governo e das obrigações legítimas, o Liberalismo Igualitário rawlsiano trouxe para o centro das discussões as questões referentes à justiça, na qual sem pretender buscar a fundamentação de uma sociedade, dispôs sobre a seleção de princípios de justiça que deveriam compor os principais acordos políticos e sociais de formação da estrutura básica de uma sociedade (FELDENS, 2012).

Nesse contexto, uma sociedade justa na teoria rawlsiana deve observar três pressupostos: a prioridade e a igualdade das liberdades fundamentais, a justificação das desigualdades econômicas e sociais existentes na medida em que haja também benefícios e vantagens aos menos fa-

¹ Artigo científico apresentado como requisito para avaliação da Disciplina Filosofia Intercultural e Teoria Crítica dos Direitos Fundamentais ministrada pelo Professor Doutor Robison Tramontina.

* Mestrando no programa de mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) da turma 2016.

vorecidos pela casualidade natural e a igualdade de oportunidade e acesso a todos os indivíduos às diferentes funções e posições de autoridade e responsabilidade na sociedade.

Os aludidos pressupostos ou valores fundamentais encontram-se expressos nos dois princípios de justiça formulados por Rawls na obra citada. O princípio da prioridade e da igualdade de direitos básicos decorrentes das liberdades fundamentais, e o princípio da diferença (ou da justiça distributiva) e da igualdade de acesso e oportunidades (RAWLS, 1981, p. 67).

Assim, valendo-se do método de abordagem dogmático, o presente estudo tem por objetivo examinar a mencionada teoria da justiça de Jhon Rawls e, a partir dela, no aprofundamento da relação entre os dois princípios de justiça, apresentar os argumentos favoráveis no sentido de que a garantia das liberdades básicas fundamentais e a promoção da igualdade de oportunidades passam necessariamente pela justiça distributiva dos resultados sócios-econômicos produzidos, como condição material mínima para o exercício daqueles direitos básicos.

1 A TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS COMO ALTERNATIVA AO INTUICIONISMO E AO UTILITARISMO: FUNDAMENTOS PARA UM NEOCONTRATUALISMO

A *Theory of Justice* de Jhon Rawls, obra datada de 1971, reorientou o pensamento filosófico ocidental sobre o tema da justiça, consagrando-se como novo paradigma do pensamento contemporâneo sobre Filosofia Política (GARGARELLA, 2008).

Acaso fosse possível sintetizar o pensamento de Rawls em uma ideia principal ou objetivo fundamental na obra em questão, poder-se-ia indicar que pretendeu o filósofo americano, no ambiente político do liberalismo, estabelecer um plano de justiça elementar e de igualdade de direitos básicos (liberdades) e oportunidades na formação das instituições-

sociais mais importantes, ou como denominava, na estrutura básica da sociedade². (ARAÚJO, 2007, p. 260).

Essa perspectiva da proposta rawlsiana, como o próprio autor indica, qualifica-se como uma alternativa viável ao intuicionismo e ao utilitarismo, doutrinas que dominaram por muito tempo o pensamento filosófico e político ocidental. (RAWLS, 1981, p. 27). Assim, na constatação das insuficiências e contradições daquelas propostas teóricas, evidentemente, a partir da teoria da justiça de Rawls, é possível constatar alguns dos principais aspectos do seu pensamento.

No intuicionismo, verificam-se duas premissas fundamentais: a afirmação da existência de uma pluralidade de princípios de justiça (legalidade, igualdade, liberdade, etc.), que poderão entrar em conflito entre si, e a ausência de um critério objetivo de precedência ou de prioridade entre eles. Desse modo, diante da variedade de princípios de justiça e da inexistência de um critério válido e racional que oriente a sua aplicação, restaria à intuição a avaliação do princípio mais adequado em cada caso, devendo ser dado maior peso àquele que mais próximo esteja ou que pareça estar do que seja correto, justo e direito (RAWLS, 1981, p. 48).

Dessa constatação, fica fácil perceber a fragilidade da proposta teórica do intuicionismo diante do pensamento rawlsiano (GARGARELLA, 2008, p. 2), conforme se verá adiante. Isso porque, a incapacidade de um critério de precedência entre os princípios de justiça, acaba por tornar inviável a hierarquização das instituições sociais mais importantes

² É importante esclarecer, que a justiça em Rawls não é aquela compreendida no estudo do Direito ou da Filosofia do Direito, ou como tal concebida por Aristóteles, pelo menos em uma perspectiva, enquanto justiça concernente à correção e ao equilíbrio da aplicação da lei no caso concreto (ARISTÓTELES, 1984, p. 136), mas, outrossim, a justiça enquanto acordo equitativo no âmbito de formação das instituições sociais que compõem a estrutura básica de uma sociedade. De outro lado, por instituições sociais não se deve conceber a estrutura orgânica do Estado, mas os principais acordos políticos e sociais que formarão a estrutura básica da sociedade, como as leis, a Constituição, o regime político, o casamento, as liberdades, a propriedade, etc. Isso porque, a teoria da justiça de Rawls, como se verá adiante, é anterior à formação do próprio Estado, cuja ideia principal de justiça como equidade o próprio autor indica que “generalize e eleve o nível de abstração do conceito tradicional de contrato social” (RAWLS, 1981, p. 28).

que formarão a estrutura básica da sociedade, além de, indubitavelmente, contribuir para a desordenação social, pela ausência de segurança e estabilidade nas relações sociais.

Note que não se está a referir que no pensamento de Rawls se almeja a completa eliminação dos princípios intuitivos³⁴, mas que, a eles, deve-se recorrer o mínimo possível. (GARGARELLA, 2008, p. 3).

Já no utilitarismo, tem-se a ideia principal de que se considera justa e ordenada uma sociedade, tanto quanto suas instituições sejam organizadas de modo a que se tenha o maior saldo possível na soma de satisfações dos indivíduos que dela participem. (RAWLS, 1981, p. 41). Em outras palavras, a decisão a ser tomada segundo essa proposta teórica, será sempre aquela que melhor contribuir para o bem-estar geral ou da maioria.

Nessa linha de raciocínio, à primeira vista, parece que o utilitarismo atende com maior competência o critério da racionalidade. Ora, da mesma forma que uma pessoa orienta a sua conduta segundo o seu bem-estar e satisfação, uma sociedade também assim deverá fazê-lo, substituindo, nesse caso, a satisfação individual pelo bem-estar geral ou da maioria dos indivíduos que compõem o grupo social. Assim, “o princípio da escolha, para uma associação de homens, é interpretado como a extensão do princípio de escolha a um indivíduo. A justiça social é o princípio da prudência nacional e aplica-se a um conceito agregado do bem-estar do grupo”. (RAWLS, 1981, p. 41).

Não obstante, entretanto, aponta Rawls que, nas teorias teleológicas ou consequencialistas, como no caso do utilitarismo, o bem é definido separadamente do direito, sendo que o direito, nesse caso, passa a existir e ser concebido exclusivamente para a maximização do bem. Des-

³ Conforme Merle (2011, p. 85), os princípios intuitivos, inclusive, estão presentes na obra de Rawls. É o que se observa, por exemplo, da noção de “equilíbrio reflexivo”, onde a partir das intuições morais procura-se corrigir aspectos da posição original, em movimento inverso ao dos princípios de justiça construídos sob o véu da ignorância, que tendem a tornar as mesmas intuições morais mais precisas. Tais conceitos, pois, serão estudados a seguir.

se modo, as instituições e as leis são direitas quando produzirem o maior bem possível, o que implica dizer que, cada coisa vale pelo bem que pode proporcionar, pouco importando que se venha a referir ao que é direito (RAWLS, 1981, p. 42).

Assim, Rawls (1981, p. 43) identifica que:

[...] o traço mais marcante da visão utilitarista da justiça é que não se ocupa, exceto indiretamente, da maneira, através da qual esta soma de satisfações irá se distribuir entre todos os indivíduos, não se preocupando, tampouco, com a maneira através de cuja satisfação irá se distribuir no tempo. A distribuição correta nos dois casos será o que vier a proporcionar o máximo de desempenho.

Desse modo, não é a organização e a eficiência que deve distinguir as instituições básicas da sociedade, elas devem, sobretudo, ser justas (GARGARELLA, 2008, p. 1). E se não forem justas, deverão ser abolidas ou reformadas. Nenhum critério de utilidade, eficiência ou de bem-estar geral pode sobrepujar a inviolabilidade que cada indivíduo possui baseada nos critérios de justiça. Assim, por exemplo, a justiça nega que a restrição da liberdade de alguns possa ser justificada pelo benefício ou vantagens que entre outros possa ser compartilhada, ainda que sejam eles a maioria. A justiça, portanto, deve ser a primeira virtude das instituições sociais (RAWLS, 1981, p. 28).

Com essas considerações, presente a insuficiência das propostas teóricas formuladas com base no intuicionismo e no utilitarismo, nos termos acima consignados, Rawls retoma a linha evolutiva do pensamento contratualista (ARAÚJO, 2007, p. 261). Com efeito, sua ideia de justiça elementar e de igualdade de direitos básicos (liberdades) e oportunidades na composição da estrutura básica da sociedade, conforme se verá a seguir, passa por uma escolha prévia e equitativa de justiça (ou de justiça como equidade), construída a partir de um consenso original, que

se identifica como uma espécie de contrato hipotético firmado sob certas condições ideais (GARGARELLA, 2008, p. 14).

Porém, como essa deliberação da posição original se cinge apenas aos princípios de justiça e outros estritamente relacionados com eles, é possível inferir que não se trata de uma teoria contratualista completa. Não obstante, o próprio Rawls identificar que essa ideia de justiça elementar na composição da estrutura básica da sociedade, possa ser estendida à escolha de um sistema ético mais abrangente (SINGER, 2006 apud ARAÚJO, 2007, p. 268).

2 DO RECURSO TEÓRICO DA POSIÇÃO ORIGINAL COMO PRESSUPOSTO DO SISTEMA EQUITATIVO DE COOPERAÇÃO E DE JUSTIÇA ELEMENTAR DA TEORIA RAWLSIANA

Uma sociedade justa, segundo Rawls, deve observar três pressupostos: a prioridade e a igualdade das liberdades fundamentais (e dos direitos básicos a elas associados), a justificação das desigualdades econômicas e sociais na medida em que haja também benefícios e vantagens aos menos favorecidos pela casualidade natural e a igualdade de oportunidade de acesso a todos às diferentes funções e posições da sociedade (RAWLS, 1981).

Tais pressupostos, pois, são expressos nos dois princípios de justiça formulados por Rawls na sua teoria da justiça. O princípio da igualdade de direitos básicos decorrentes das liberdades fundamentais, e o princípio da diferença e da igualdade de acesso e oportunidades (RAWLS, 1981, p. 67).

Antes, entretanto, de analisar propriamente os aludidos princípios de justiça, o que será verificado na seção seguinte, é importante estabelecer as premissas e as condições formuladas por Rawls para que eles sejam escolhidos para constituírem as instituições sociais mais importantes que formarão a estrutura básica da sociedade.

Nesse contexto, ressaltam-se as ideias de justiça como equidade e de posição original, momento em que se volta à abstração do contrato social na teoria rawlsiana.

Com efeito, diferentemente do contratualismo clássico, onde a ideia de igualdade e desigualdade decorre do estado de natureza do homem, e o modo como gerir essa circunstância no contrato social se refletirá nas regras básicas de formação da sociedade, Rawls, em um passo adiante, assente que a igualdade e a desigualdade se relacionam a fatores culturais, sociais e econômicos, orienta que a igualdade deve ser concebida como um pressuposto lógico e normativo, para que os participantes do acordo original hajam de forma imparcial na escolha dos princípios que regerão a vida em sociedade (ARAÚJO, 2007, p. 267).

Neste sentido, é importante que os agentes da posição original, como condicionante da ação imparcial e da ideia de justiça como equidade, desconheçam os seus patrimônios, suas características pessoais e seus interesses, isto é, que as decisões ali tomadas ocorram “sob o véu da ignorância” (ARAÚJO, 2007, p. 269).

Ocorre, entretanto, que a só ideia de deliberação no consenso original sob o véu da ignorância, não induz à escolha dos dois princípios de justiça concebidos por Rawls, pelo menos não exclusivamente.

Nesse contexto, Rawls dispõe também sobre uma concepção racional e particular de pessoa que, associada à concepção de sociedade bem-ordenada⁴, possibilitam a escolha dos dois princípios de justiça na posição original. E essa concepção racional de pessoa revela-se tanto no reconhecimento dos fatos incontroversos e comuns acerca da vida moderna organizada em um Estado Democrático de Direito, como também no dese-

⁴ A ideia de sociedade bem-ordenada decorre da compreensão de um sistema equitativo de cooperação, onde todos os indivíduos que a compõem, aceitam e sabem que os demais aceitam a mesma concepção política de justiça e, assim, os mesmos princípios de justiça, agindo, portanto, segundo eles e, cientes que essa ideia e senso de justiça compõe a estrutura básica da sociedade da qual participam. (RAWLS, 2003).

jo de construção de uma sociedade bem-ordenada, em que, evidentemente, as circunstâncias de justiça estarão presentes (ARRAES, 2006, p. 61).

Assim, identificados os pontos comuns de reivindicações decorrentes de fatos incontroversos contributivos da boa ordenação social, que, analisados abstratamente, de modo racional e sob o véu da ignorância na posição original, com a preocupação de uma sociedade bem-ordenada, e dentro de um ambiente de justiça e democracia, é possível deduzir pela proeminência dos valores básicos e fundamentais da liberdade e da igualdade, expressos nos dois princípios de justiça do contratualismo rawlsiano.

Desse modo, é possível situar, por exemplo, a liberdade de consciência como fato incontroverso a ser definido como prioritário por aquela concepção particular de pessoa, que agirá, dentro de um ambiente de justiça e democracia, limitada na posição original pelo véu da ignorância.

Ora, sendo desconhecida (ou ignorada) a religião de cada um dos agentes da posição original, evidentemente, a liberdade de todas elas será o caminho racional e justo a ser seguido. Isso porque, enquanto não sabem os pormenores dos seus planos específicos de vida (ou os ignoram), as partes no consenso original hão de optar pela parcela maior que a todos alcance. Por isso, presume-se que a opção será pelos bem sociais primários mais importantes, como no caso da liberdade e da igualdade (RAWLS, 1981, p. 123).

Sobre o ponto, também é importante destacar que as pessoas racionais escolherão utilizar o recurso teórico da posição original porque elas reconhecem que, dentro de um ambiente de justiça como equidade e democracia, verifica-se a impossibilidade de imporem suas concepções de bem umas às outras, embora pretendam encontrar uma forma justa de convivência pacífica. Assim, para promover a mediação entre as posições conflitantes, escolhe-se os termos equitativos da posição original sob o véu da ignorância, como procedimento razoável para a garantia do pluralismo de pretensões (ARRAES, 2006).

Assim, conclui-se que o artifício teórico da posição original serve de diretriz e procedimento para que as pessoas possam efetivar uma sociedade justa e bem-ordenada nos termos propostos do contratualismo rawlsiano (ARRAES, 2006).

3 O LIBERALISMO IGUALITÁRIO RAWLSIANO COMO PROJETO MÍNIMO DE IGUALDADE DE DIREITOS BÁSICOS E DE ACESSO E OPORTUNIDADES

Nas suas redações reformuladas em *Justice as Fairness*, dispõe os dois princípios de justiça que:

1 - Cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos.

2 - As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade. (RAWLS, 2003, p. 60).

Pelo primeiro princípio de justiça, verifica-se o intuito de garantia das liberdades fundamentais associada à promoção da igualdade de direitos básicos entre todos os indivíduos. Estas liberdades básicas fundamentais - liberdade política, de expressão, de reunião, de consciência, de propriedade, etc. -, para além de referendar o caráter humanista, liberal e igualitário do pensamento rawlsiano, são todas necessárias para que se possa cumprir o primeiro princípio, pois a ideia de justiça elementar componente da estrutura básica da sociedade passa necessariamente pela igualdade dos direitos básicos decorrentes da garantia das liberdades fundamentais (RAWLS, 1981, p. 68).

Já o segundo princípio se aplicaria ao sistema de distribuição dos resultados sócios- econômicos produzidos e ao escopo da igualdade no

acesso às posições de autoridade e de responsabilidade na sociedade. Assim, não obstante a distribuição da renda e da riqueza não dever ser feita de modo equitativo entre todos os indivíduos, presente a teoria liberal no pensamento rawlsiano, esta, como justificação das desigualdades e diferenças econômicas e sociais existentes, e a partir de uma concepção de justiça distributiva para a igualdade de acesso e oportunidades, deve ser vantajosa para todos, como condição, inclusive, de realização do primeiro princípio, consistente em que todos devem ter as condições mínimas para o exercício dos seus direitos básicos (ARAÚJO, 2007, p. 278).

Desse modo, pelo princípio da diferença, informado na segunda parte do segundo princípio de justiça, “as maiores vantagens dos mais beneficiados pela loteria natural só são justificáveis se elas fazem parte de um esquema que melhora as expectativas dos membros menos favorecidos da sociedade.” (GARGARELLA, 2008, p. 25).

E sobre esse respeito, é salutar o exemplo do médico, a quem se confere uma maior remuneração para que tenha acesso às inovações e tecnologias e, por isso, em contraprestação, possa de modo mais efetivo contribuir com a melhoria da qualidade de vida da população, redundando aquela diferenciação em um benefício geral.

A partir desse ponto, e como adequação do sistema de liberdades fundamentais com um projeto de justiça elementar e igualdade de acesso e oportunidades, Rawls estabelece um elemento de hierarquia ou de proeminência entre os dois princípios de justiça. Uma espécie de ordenação serial e inflexível, segundo a qual, em hipótese alguma, seria admitida a violação das liberdades fundamentais e dos direitos básicos encartados no primeiro princípio de justiça como compensação de maiores vantagens econômicas e sociais decorrentes do segundo princípio. (ARAÚJO, 2007, p. 279).

Mais do que isso, também no *Justice as Fairness*, Rawls aprofunda essa ideia de ordenação serial e assimétrica entre os valores expressos

nos seus dois princípios de justiça, motivo pelo qual fica claro o status e a função que cada um daqueles valores ostenta na sua proposta teórica:

[...] o primeiro princípio tem precedência sobre o segundo; no mesmo sentido, no segundo princípio, a igualdade equitativa de oportunidades tem precedência sobre o princípio de diferença. Essa prioridade significa que ao aplicar um princípio (ou testá-lo em situações de controle), partimos do pressuposto de que os princípios anteriores já foram plenamente satisfeitos. Buscamos um princípio de distribuição (no sentido mais estrito) que vigore no contexto de instituições de fundo que garantam as liberdades básicas iguais (entre as quais o valor equitativo das liberdades políticas) bem como a igualdade equitativa de oportunidades [...] (RAWLS, 2003, p. 60-61).

Assim, é possível inferir, a partir do aprofundamento da relação entre os dois princípios de justiça ou entre os valores neles consagrados, que a garantia das liberdades fundamentais e a igualdade de acesso e oportunidades dependem de uma condição material mínima extensível a todos os indivíduos, o que será possível por via da justiça distributiva dos resultados sócios-econômicos produzidos.

E de certa forma, inclusive, essa verificação do princípio da distribuição como uma espécie de garante das liberdades e da igualdade no contratualismo rawlsiano, ostentando, por essa razão, a condição de fato incontroverso no ambiente do liberalismo igualitário, induz a que as partes no acordo original não optarão pelos benefícios econômicos em desprestígio daqueles valores fundamentais. Proposição essa que se reforça e fundamenta-se naquela concepção particular de pessoa associada à concepção de sociedade bem-ordenada, concebidas que são também como pessoas livres e iguais, e não simplesmente racionais, conforme deduzido por Rawls no seu *Liberalism Political* quando responde à crítica formulada por H. I. A. Hart, que sugeriu a insuficiência de critérios que orientassem a rigidez da ordenação serial dos seus dois princípios de justiça. Isto é, dispõe Rawls que:

[...] as liberdades fundamentais e os fundamentos para a sua prioridade podem ser encontrados na concepção dos cidadãos enquanto pessoas livres e iguais, juntamente com uma definição melhor dos bens primários. Essas revisões mostram que as liberdades fundamentais e sua prioridade se apoiam numa concepção de pessoa que seria reconhecida como liberal e não, como pensou Hart, somente em consideração de interesses racionais [...].(RAWLS, 2000, p. 344).

Por fim, sem o intuito de formar uma doutrina moral abrangente ou com objetivo meramente dogmático, ressalta-se o aspecto procedimental do pensamento rawlsiano conforme os termos acima apreendidos, e nesse aspecto verifica-se uma das características mais importantes da sua proposta teórica. Isso porque essa “estrutura procedimental” orienta um processo de etapas gradativas, no qual se parte do plano abstrato para o plano mais concreto, no sentido de se ajustar os princípios da liberdade e da igualdade para a formação de uma sociedade onde todos possam ter as condições mínimas para o exercício dos seus direitos básicos. (ARAÚJO, 2007, p. 263).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, e assente que o presente estudo representa singela contribuição para a discussão do plano de justiça formulado por Rawls, não esgotando por isso as questões concernentes à relação dos seus dois princípios de justiça, foi possível identificar que: a *Theory of Justice* retoma a linha evolutiva do contratualismo, colocando-se como alternativa às propostas teóricas do intuicionismo e do utilitarismo; o recurso teórico da posição original serve de diretriz e procedimento para a implementação do plano de justiça elementar proposto por Rawls; por fim, que da rigidez da ordenação serial entre os três valores expressos nos dois princípios de justiça formulados por Rawls, decorre o correto ajuste e a adequação dos sistemas de liberdade e de igualdade no ambiente do

liberalismo igualitário, onde, nessa formulação, o princípio da distribuição assume o papel de garante do exercício daqueles direitos básicos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, J. C. E. de. *O Estado Democrático Social de Direito em face do Princípio da Igualdade e as Ações Afirmativas*. 2007. 570 p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*; trad. Leonel Vallandro e Gerg Borhein da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Victor Civita, 1984.

ARRAES, Roosevelt. *Rawls e a prioridade das liberdades básicas*. Controvérsia, São Leopoldo (RS), v. 2, n. 1, p. 55-69, jan-jun 2006.

FELDENS, G. O. *A razão pública no liberalismo político de Jhon Rawls*. Revista Perspectiva, Erechim (RS), v. 36, n. 136, p. 61-71, dez 2012.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*; trad. Alonso Reis Freire; rev. da trad. Elza Maria Gasparotto; rev. técnica Eduardo Appio. – São Paulo, WMF Martins Fontes, 2008.

MERLE, Jean-Christophe. *Equilíbrio reflexivo e construtivismo*. trad. Alexandre Trivisonno. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte (MG), n. 102, p. 83-99, jun-dez 2011.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

RAWLS, Jhon. *Uma teoria da justiça*; trad. Vamireh Chacon. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981.

_____. *O liberalismo político*; trad. Dinah de Abreu Azevedo. Rev. trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 2000.

_____. *Justiça como equidade: uma reformulação*; trad. Claudia Berliner. Org. Erin Kelly. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

PINHEIRO, Regis Gonçalves. *A teoria da justiça de Jhon Rawls e a constitucionalidade das ações afirmativas*. Revista CEJ, Brasília (DF), ano XVII, n. 59, p. 100-108, jan./abr. 2013.

SILVA, C. S. N. MORAIS, M. E. S. P. *Breves Considerações sobre a teoria da justiça de Jhon Rawls*. Revista Digital SynThesis FAPAM, Pará de Minas (MG), v. 2, n. 2, p. 32-43, nov 2010.

JUSTIÇA E IGUALDADE: A CONTRIBUIÇÃO DE JOHN RAWLS NA OBRA UMA TEORIA DA JUSTIÇA PARA A INTERPRETAÇÃO CONTEMPORÂNEA ATRIBUÍDA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Thiago Zelin

1 INTRODUÇÃO

As comunidades estão em permanente e sucessivo processo de evolução, o que implica dizer que o conceito de igualdade varia de tempo e de lugar, ou seja, aquilo que foi construído em uma determinada época para determinada civilização não necessariamente valerá em outra época para outra sociedade, permanecendo em constante aprimoramento.

Partindo das premissas fixadas pelo filósofo americano John Rawls na obra *Uma Teoria da Justiça* acerca do viés atual do princípio da igualdade, verificar-se-á se o alcance de uma sociedade justa possui como pressuposto a efetivação da isonomia sob seu viés material, avaliando se a busca de uma sociedade igualitária pode ser uma forma eficaz de efetivação do ideal de justiça social.

Para tanto, buscar-se-á estabelecer a evolução histórica dos princípios, em especial o princípio da isonomia, traçando paralelos com o pensamento do filósofo americano e outros pensadores, propondo critérios legitimadores de tratamentos desiguais no intuito de semear o campo ideal para cultivo de uma sociedade justa.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Previamente à análise da ideia de justiça concebida por John Rawls é indispensável fazer um breve enfrentamento da evolução conceitual e interpretativa dos princípios numa acepção jurídica constitucional.

Partindo da fase mais recente do Constitucionalismo, denominada pós-positivismo, surgida a partir da metade do século XX, pretendendo

sintetizar a histórica dicotomia entre jusnaturalismo e positivismo, houve constante busca de atribuição de juridicidade aos princípios, especialmente como resposta às atrocidades cometidas na Segunda Grande Guerra sob o manto das leis.

Esta nova corrente, capitaneada por Dworkin, tem contribuído para visualizar um novo ângulo da normatividade dos princípios, impondo-lhes status de norma legal, ao defender que os princípios são normas dotadas de imperatividade. As normas, portanto, seriam o gênero do ordenamento jurídico, do qual seriam espécies as regras e os princípios.

Esta mesma linha de raciocínio também é defendida por Alexy, para o qual: *“os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade, ao passo que as regras também são normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade”*. Assim, conquanto, haja abstratividade nos princípios, isto, por si só, não afasta sua normatividade e obrigatoriedade de esforço interpretativo para aplicação concreta no sistema jurídico constitucional.

Esta proclamação de normatividade dos princípios tem sido corroborada por diversas cortes constitucionais que indicam uma tendência irreversível de atribuir-lhes eficácia normativa no sistema jurídico, retirando-lhes a inocuidade e atribuindo-lhes concretude e determinando a busca por sua efetividade.

A busca de atribuição de concretude aos princípios, se apresenta como um ponto central na busca da consolidação do ideal de justiça social proposta por Rawls, que, como se verá, adiante, passa necessariamente pela efetivação do princípio da isonomia.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A BUSCA PELA JUSTIÇA SOCIAL

Demonstrada a atual importância e envergadura a que os princípios foram alçados nos sistemas constitucionais modernos, necessário

traçar breves comentários acerca da evolução interpretativa do princípio da igualdade na busca pelo ideal de justiça social.

A ideia de igualdade remonta ao mundo antigo, sendo abordada em escritos desde Aristóteles que, assim como Rawls, vinculou a igualdade à ideia de justiça, ao enunciar que “*a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, dando a cada um o que é seu*”.

Na idade moderna, a isonomia como princípio jurídico-filosófico foi aperfeiçoada e disseminada a partir das revoluções liberais do século XVII e XVIII, influenciadas pelos pensamentos iluminista dos filósofos Rousseau e Hobbes que vislumbraram a igualdade do homem no seu estado natural, defendendo que os homens eram iguais por pertencerem ao gênero do ser humano, sendo que as diferenças físicas e psíquicas de cada indivíduo, não interessavam à sociedade pelo que não se justificava a divisão social em categorias de indivíduos.

A interpretação de Locke sobre a igualdade entre os homens é sintetizada por Frederick M. Watkins e Isaac Kramnic da seguinte forma:

[...] o ideal de igualdade entre os homens guarda uma relação mais íntima com as idéias propugnadas por John Locke, especialmente na obra *Segundo Tratado do Governo Civil*, quando ele revela uma preocupação com a liberdade e os direitos naturais e individuais dos seres humanos, e sustenta que a ordem social não devia assentar-se em grupos, entidades ou aglomerações, mas em indivíduos autônomos e independentes, que são os verdadeiros responsáveis pelos próprios destinos e os únicos capazes de buscar a felicidade.

Em consequência da Revolução Iluminista, foi o Direito Público francês um dos primeiros a formalizar a ideia jurídica da igualdade no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de agosto de 1789, sendo posteriormente incorporada ao texto constitucional de 1791, nos seguintes termos: *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*” que em tradução livre significa: “os homens nascem e permanecem iguais em direito.”

A mesma concepção foi abordada no art. 1º da Carta de Virgínia de 12 de junho de 1776 ao estabelecer que: “all men are by nature equally free and independent”, ou seja, “todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes.”

Portanto, neste primeiro momento no plano jurídico-positivo o princípio da igualdade tornou-se um poderoso instrumento de reação contra qualquer privilégio pessoal injustificado da Nobreza, conquanto o pensamento não buscase uma realização da igualdade de oportunidades, mas sim, numa visão individualista, limitada à proteção de direitos individuais frente ao Estado.

Ou seja, o princípio liberal da igualdade, não objetivava a anulação completa das desigualdades, defendendo apenas uma igualdade formal, na lei, havendo a difusão destas ideias em outras Constituições no século XVII, que normatizaram o princípio da isonomia sob esta acepção individualista.

Destarte, a acepção dada pelo Estado liberal, embora incipiente, desencadeou um grande avanço que elevou o princípio da igualdade ao status constitucional, canonizando juridicamente o princípio liberal da igualdade formal, mas por desconhecer as desigualdades reais, não foi suficiente para garantir a efetivação da isonomia numa perspectiva social.

A busca de igualdade numa perspectiva de justiça social logrou seus primeiros êxitos a partir das revoluções proletárias a partir das manifestações sociais do fim do século XIX, pós Revolução Industrial, que visavam dar ao princípio da igualdade uma interpretação material, reduzindo as desigualdades de fato existentes na sociedade.

No plano jurídico constitucional, esta percepção teve como precursoras as Cartas Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã concebida por Weimar em 1919, que foram as primeiras a tratar de direitos fundamentais sociais, hoje denominados de segunda dimensão ou geração, dando uma interpretação social ao princípio da igualdade, na medida que buscaram proteger

as classes menos favorecidas, principalmente dando melhores condições de vida aos trabalhadores e como consequência reduzir as desigualdades sociais.

3 O ATUAL CONCEITO DE IGUALDADE NA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Superado o breve enftretamento dos aspectos históricos que influenciaram na atual significação do princípio da igualdade passa-se a busca da formulação de um conceito atual desde princípio numa perspectiva do estado democrático de direito, capaz de realizar o ideário de justiça proposto por John Rawls.

Como visto, o princípio da igualdade não possui significado em si mesmo, traduzindo-se como um ideal de relação de paridade entre homens, ou seja, é um ideal de justiça social, que evoluiu no sentido de pressupor e determinar um dever de relação de paridade entre indivíduos em situações idênticas, considerando o grupo social do qual fazem parte, buscando equalizar estas diferenças oportunizando lhes igualdade de oportunidade de desenvolvimento.

Nesta direção, Ives Gandra Martins adverte:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

Quanto a busca da perspectiva do princípio da igualdade num Estado democrático de Direito leciona Canotilho: “a obtenção da igualdade substancial, pressupõe um amplo reordenamento das oportunidades: impõe políticas profundas; induz, mais, que o Estado não seja um simples garantidor da ordem assente nos direitos individuais e no título da propriedade, mas um ente de bens coletivos e fornecedor de prestações.”

Portanto, parafraseando Flávia Piovesan, extrai-se de uma interpretação sistemática do texto constitucional de 1988, que o tratamento dispensado ao princípio da igualdade não mais trata o indivíduo abstrata e genericamente, como feito no Estado Liberal, mas sim o indivíduo especificado pelas peculiaridades da categoria que está inserido (relativas a sexo, idade, etnia) visando oportunizar igualdade de oportunidades a todos os cidadãos numa visão ideal de justiça social, possibilitando boas condições de vida a todos.

4 O IDEAL DE JUSTIÇA IDEALIZADO POR JOHN RAWLS E SUA RELAÇÃO COM O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Na obra “Uma Teoria da Justiça” é notório o viés material atribuído por Rawls à igualdade, muito contribuiu para a atual interpretação do princípio, esta conclusão pode ser extraída de algumas afirmações contidas em sua obra, conforme passo a expor.

A ideia de justiça concebida por John Rawls parte do pressuposto que para o alcance de uma sociedade justa é indispensável haver cooperação social, de modo que para atingir um consenso de justiça é indispensável a existência de colaboração mútua, que passa necessariamente pela admissão de tratamentos diferenciados entre cidadãos, a fim de gerar igualdade de oportunidades a todas às camadas sociais.

Partindo destes pressupostos, a sociedade se assemelharia a uma associação de pessoas relativamente independentes entre si e que estabelecem normas de conduta obrigatórias que julgam indispensáveis para o bom convívio social, mas que invariavelmente, para atingimento da justiça haverá necessidade de concessões recíprocas entre os indivíduos, que implica, por vezes, em tratamento diferenciados, desde que razoáveis.

Justamente no ponto em que a ideia de Justiça é ligada à equidade, que é possível correlacionar sociedade justa à concretização do princípio de igualdade. Contudo o autor não propõe uma igualdade absoluta, posto que as desigualdades sociais e econômicas são admitidas desde que ordenadas de forma que ao mesmo tempo possam ser vantajosas para todos sob determinado viés, mas dentro um limite razoável, admitindo-se, portanto, a existência de diferenças justificáveis.

Ou seja, a principal bandeira do autor está relacionada à necessidade de garantir acesso a todos a qualquer posição social, de modo que o princípio da igualdade de oportunidades se mostra superior ao princípio da diferença.

Portanto, para Rawls, a forma de se constituir uma sociedade justa passa necessariamente em garantir igualdade de oportunidades a todos, adequando de tempos em tempos as leis e instituições para que desta forma haja concretização da justiça.

Deste modo, é possível afirmar que o alcance do ideal de Justiça proposto por Rawls possui como pressuposto a efetivação do princípio da igualdade de oportunidades aos cidadãos.

5 CRITÉRIOS LEGITIMADORES DO TRATAMENTO DESIGUAL

Como visto, Rawls considera que no plano fático a igualdade real inexistente, posto que o ser humano é desigual por natureza nos seus mais variados aspectos, dadas as peculiaridades e individualidades de cada cidadão.

Fixada esta premissa, o que se deve diferenciar é o tratamento desigual potencialmente concretizador de justiça social e, portanto, benéfica ao bom ordenamento da sociedade, daquele abominado pelo sistema e potencialmente agravador de preconceitos e tensões sociais.

Portanto, além de saber qual a perspectiva dada ao princípio da igualdade, deve-se buscar instrumentos e mecanismos eficazes para a

construção e efetivação da isonomia na acepção constitucionalmente eleita e, por via de consequência, rechaçar pretensões contrárias a esta visão.

Celso Antônio Bandeira de Mello, citando Francisco Campos, defende que o destinatário primário do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, CF) é o legislador infraconstitucional, de modo que por mais discricionária que seja a atividade legislativa ela encontra limite no princípio da igualdade, de modo que ao legislador é vedado editar leis que criem privilégios ou perseguições e ao mesmo tempo determinando ao legislador criar disciplinas diversas para situações não equivalentes.

Citando Kelsen, o mesmo autor, assevera em relação aos destinatários da efetivação da igualdade que o sentido isonômico atribuído ao princípio reside *na própria lei*, vale dizer, é um limite para a própria lei o respeito ao princípio da igualdade, este direcionado ao legislador (p. 10). Já a igualdade *perante a lei* é destinada ao aplicador da norma que está adstrito a cumpri-la indistintamente a todos os cidadãos e tal como ela é, ou seja, respeitando a literalidade do texto (p. 16 nota de rodapé).

Estabelecidos os nortes que devem ser seguidos pelos legisladores e aplicados das leis, é necessário para que seja atribuída significação e concretude legítima ao princípio da igualdade que legitime tratamento desigual, para não criar privilégios injustificados à determinada categoria de indivíduos.

Destas afirmações, extrai-se que o tratamento isonômico na acepção material e social que hodiernamente lhe é atribuída pelo texto constitucional pressupõe o tratamento desigual na medida das desigualdades constatadas, sendo necessário o estabelecimento de critérios justificadores do tratamento desigual.

Neste diapasão, na visão de Rawls a legitimação do tratamento desigual passa necessariamente pela identificação das desigualdades que justifique o tratamento discriminatório, posto que não é qualquer peculiaridade que autoriza a discriminação, pois a identificação de alguma

particularidade do indivíduo ou do grupo social em que o indivíduo está inserido não admite, por si só, o tratamento diferenciado.

6 CONCLUSÃO

A concepção embrionária de justiça proposta por Rawls busca elevar ao nível mais alto a abstração da ideia do contrato social proposta por Kant, Rousseau e Locke, onde pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam uma situação inicial de igualdade que regeriam todos os acordos subsequentes e, estando todos em situação semelhante, ninguém poderia propor princípios que favoreçam sua própria situação em detrimento dos demais.

Contudo, para Rawls, numa mesma sociedade pessoas nascidas em condições diferentes possuem expectativas de vida diferentes, especialmente em razão de condições socioeconômicas, favorecendo para alguns um melhor ponto de partida, estas diferenças, portanto, não poderiam ser justificadas exclusivamente pela meritocracia, devendo ser aplicadas à essas desigualdades inevitáveis os princípios da justiça social.

Portanto, ao mesmo tempo que afirma que não se tolera a eliminação de garantias individuais de uma minoria para legitimar o bem-estar de muitos, admite que é possível tolerar tratamento desigual para evitar uma desigualdade ainda maior, deixando transparecer o viés material atribuído ao princípio da isonomia como necessário ao ordenamento de uma sociedade justa.

Destarte, para atingir a concepção de justiça é necessário ter em mente e compreender a concepção de cooperação social. Esta colaboração mútua passa necessariamente pela admissão de tratamentos diferenciados entre cidadão, a fim de gerar oportunidades iguais a todos integrantes de um determinado grupo social.

Logo, uma sociedade só é bem ordenada, justa e igualitária, se for projetada para projetar o bem-estar de todos seus membros, de modo que haja concepção pública unificada de justiça, passando pela distribuição dos ônus e os bônus do convívio social, onde todos possuem oportunidades de ascensão. Ou seja, uma sociedade na qual todos aceitem o mesmo princípio de justiça e que as instituições públicas adotem medidas para atender este preceito.

A busca por uma sociedade justa, passa necessariamente pela efetivação do princípio da igualdade material, mas para tanto é necessário estabelecer critérios legitimadores de tratamentos desiguais para propiciar igualdade de fato, construindo, desta forma, um senso comum de justiça, onde quem sofreu tratamento diferenciado não se sinta prejudicado ou beneficiado pelo discrimem, propiciando desta forma o campo ideal para construção de uma sociedade Justa.

Neste aspecto, o autor contribuiu muito para a conceituação moderna do princípio da igualdade, que em última análise é um meio para o atingimento de um fim, a construção de uma sociedade justa e fraterna.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria Dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito Constitucional Interpretado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2012.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Nova Tradução baseada na Edição Americana Revista pelo Autor, Jussara Simões: Revisão Técnica e Tradução Álvaro Vita, 3ª Edição, São Paulo, Martins Fontes, 2008.

WATKINS, Frederick M; KRAMNIC, Isaac. A Idade da Ideologia: pensamento político de 1750 até o presente. São Paulo: RT, 2001.

**CAPÍTULO II – A
TEORIA DE MARTHA
NUSSBAUM E OS
DIREITOS HUMANOS
FUNDAMENTAIS**

A DIGNIDADE HUMANA PARA MARTHA NUSSBAUM

Fernanda Tofolo*

1 INTRODUÇÃO

Durante grande parte da história do homem a dignidade humana tem sido debatida. Não como tem sido compreendida atualmente, mas adquirindo diversos status e mudando de conceito conforme seu tempo histórico e os fatores culturais.

Atualmente, o debate tem ganhado relevância nas mais diversas áreas do conhecimento e pesquisadores de todo o mundo tem tentado incansavelmente defini-la e concretizá-la.

Na tentativa contribuir com este processo de efetividade da dignidade e dos direitos humanos é que se encontra Martha Nussbaum, singular pesquisadora do tema. Neste contexto a proposta do presente trabalho é realizar uma breve análise da noção de dignidade humana para a filósofa e perceber por meio da sua teoria das capacidades como podemos ter outro olhar sobre ela trazê-la para a realidade prática.

Desta maneira, a primeira parte do trabalho apresentará uma breve noção de dignidade humana e algumas peculiaridades em relação ao tema.

Na sequência será tratada da noção de dignidade humana específica para Nussbaum, tendo em vista seu modo particular de compreendê-la.

Por fim, a dignidade humana será analisada a partir do enfoque das capacidades dado por Martha Nussbaum como elemento concretizador da dignidade humana, e por consequência, dos direitos humanos e fundamentais.

O assunto deste trabalho foi pensando a partir dos estudos desenvolvidos na disciplina Filosofia Intercultural e Teoria Crítica dos Direitos

* Mestranda em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

Fundamentais do mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina e o desenvolvimento foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica de material nacional e estrangeiro, buscando-se apontamentos para as questões acima suscitadas por meio da dialética de inúmeros autores e teorias sobre o tema exposto.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A NOÇÃO DE DIGNIDADE HUMANA

A dignidade humana tem sido objeto de debate nas mais diversas áreas do conhecimento por ser considerada, atualmente, chave para a concretização dos direitos humanos e fundamentais. Todavia, é o reconhecimento dela como direito/garantia fundamental que faz com que outros direitos sejam efetivados de fato.

Assim, muitos esforços têm sido feitos a nível internacional para reconhecê-la, como se pode perceber pelas mais diversas declarações dos direitos humanos fundamentais que serão aqui brevemente analisadas.

Para iniciar ela é reconhecida já no primeiro parágrafo do preâmbulo da Declaração da Organização dos Estados Americanos que diz: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Já, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, das Nações Unidas, adota a tese da dignidade humana em seu preâmbulo e afirma ser a dignidade inerente a todos os membros da família humana. Também no seu artigo primeiro ela preceitua: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”. Da mesma forma a Carta Africana declara em seu artigo quinto que “todo o indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica.”

Na mesma perspectiva, a dignidade humana também é reconhecida na Declaração Universal do Islã que na quarta consideração da introdução declara: “[...] os direitos humanos decretados pela Lei Divina objetivam conferir dignidade e honra à humanidade [...]” e também na

Carta Árabe dos Direitos Humanos no parágrafo primeiro de seu preâmbulo que diz: “[...] a crença das Nações Árabes na dignidade humana desde que Deus a honrou.”

Por fim, também pode ser encontrada positivada na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que estabelece os direitos que ali listados têm por fundamento os “[...] valores indivisíveis da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade.”

Mesmo que estas Cartas internacionais apresentem ideias diferentes acerca dos direitos humanos fundamentais, a partir da influência cultural e ideológica do grupo que a elaborou, elas têm em comum o fato de afirmarem que o objeto dos direitos que proclamam é a proteção e realização da dignidade humana.

Nota-se ainda, que a “origem” da dignidade difere de um documento para outro: para as Cartas da ONU, Americanas e dos Povos Africanos ela é uma inerência metafísica de todos os seres humanos, tendo como base o direito natural; já as Cartas do Islã e da Liga dos Estados Árabe usam o fundamento divino e sustentam que ela foi outorgada por Deus; por fim, a Declaração Europeia justifica que decorrem da democracia e do Estado de direito, os direitos que protegem a dignidade humana¹.

O que se observa, porém, é que não é apenas a origem da dignidade que tem sido objeto de divergência entre os estudiosos, a noção/conceito de dignidade humana também não encontra consenso entre estes.

Isto porque, conceituar a dignidade humana não é tarefa fácil, senão impossível – como entendem a maioria dos doutrinadores – em virtude de que se trata de um conceito vago e impreciso². E, como já se assinalou, não há consenso acerca do seu significado e conteúdo. Isto ocorre,

¹ BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada. A morfologia das teorias universalistas dos direitos humanos fundamentais. In: ALEXY, Robert; SANDKULER, Hans Jorg; HAHN, Paulo (org). Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013. p. 24.

² BERNARDI, Sílvia Waltrick. A dignidade humana e o direito fundamental à saúde. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (org.) Direitos Humanos em evolução. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2007. p. 180.

devido os elementos considerados fundamentais para uma vida digna em algumas culturas, serem entendidos como não tão essenciais para outras. Situação esta que se materializa em um paradoxo de difícil solução para sua efetivação prática³.

Ocorre entretanto, que a discussão sobre o que de fato é a dignidade humana é antiga e esta na vanguarda das reflexões, em especial jurídicas⁴, esta ideia tem origem na obra de filósofos como Aristóteles, Santo Agostinho, Boécio, Alcuino e Santo Tomás. E posteriormente no texto clássico de Picco de La Mirandola intitulado de “Discurso sobre a dignidade do homem” (1486). Estas conceituações e traços sobre a dignidade agregaram valores à ideia de pessoa e foram construindo o conceito de dignidade humana⁵.

Para alguns, como Kant no reino dos fins tudo possui ou preço ou dignidade. As coisas que possuem preço podem ser trocadas por algo equivalente, já as coisas acima do preço, não se permitem equivaler, pois possuem dignidade. É, portanto, a dignidade que atribui a condição de qualquer coisa só pode possuir um fim em si mesma⁶.

No seu entendimento o ser humano (todo o ser humano racional) não pode existir só como meio realizador de vontades, pois ele é um fim em si mesmo. Assim, é este o atributo que o diferencia das coisas da natureza, pois elas não têm racionalidade, e assim são apenas

meios, ao tempo que *as pessoas* são assim definidas por uma distinção da própria natureza que faz, portanto, serem fins, não podendo ser empregadas como simples meio, já que são objetos de respeito⁷.

³ BAEZ, Narciso Leandro Xavier. In: _____; LEAL, Rogério Gesta; MEZZAROBIA, Orides (org.). Dimensões Materiais e eficacias dos direitos humanos fundamentais. São Paulo: Conceito Editorial, 2010. p. 18.

⁴ ADORNO, Roberto. A noção paradoxal de dignidade humana. Bioética, Brasília, v. 17, n. 3, p. 435-449, 2009. p. 436. Disponível: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/509/510>.

⁵ Idem 4.

⁶ Idem 4.

⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 58.

Já para outros, como Sarlet⁸ ela representa a qualidade única e inerente a cada ser humano que faz com que mereça respeito pelo Estado e pela comunidade. Ela implica ainda, no reconhecimento de alguns outros direitos e deveres fundamentais que protejam o ser humano de qualquer ato que seja degradante ou desumano, além de implicar na garantia de condições existências para uma vida saudável, sendo co-responsável nos destinos de sua própria existência e em comunhão com os demais seres humanos.

E ainda para outros, como Habermas, ela não pode ser entendida como uma propriedade que o ser humano possui por natureza, como inteligência ou olhos azuis. Ela marca uma intangibilidade que só tem significado nas relações “interpessoais de reconhecimento recíproco e no relacionamento igualitário entre as pessoas.”⁹

Além destes, existem ainda inúmeros outros autores que ganham importância histórica ao definirem a dignidade humana. Porém, o que se busca analisar neste artigo é como a autora Martha Craven Nussbaum a compreende.

Neste contexto uma dúvida pode surgir: Por que estudar o pensamento de Nussbaum diante de tantos outros autores?

Tal questionamento é de fácil resolução, tem em vista, que Nussbaum tem tamanha importância neste estudo por possuir uma forma particular de compreensão da dignidade humana.

A autora é uma filósofa estadunidense e seu conceito de dignidade é aristotélico e marxista, como afirma em seus escritos, ela tem como base de debate para sua teoria inúmeras críticas aos contratualistas e também a John Rawls.

⁸ KANT, Immanuel. Fundamentação metafísica dos costumes. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 77.

⁹ KANT, Immanuel. Fundamentação metafísica dos costumes. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 68.

Nussbaum acredita que a dignidade humana possui função imprescindível no movimento internacional de direitos humanos, em muitos documentos que fundamentam princípios políticos para as nações individuais e ainda nas teorias abstratas de justiça e direitos humanos¹⁰.

Por meio de seu pensamento, considerado universalista, pode-se repensar inúmeros aspectos de proteção e efetivação da dignidade humana, tendo em vista, que com Nussbaum a dignidade parte de um mero plano teórico de conceitualismos e passa a estruturar uma plano de efetividade pratica.

Assim, por ter tamanha importância, se analisará de modo mais específico o pensamento desta grande filósofa a fim de perceber qual é de fato sua compreensão do conceito de dignidade humana.

3 O CONCEITO DIGNIDADE HUMANA PARA MARTHA NUSSBAUM

Para iniciar, nota-se que Nussbaum ressalta em seus escritos que seu conceito de dignidade é aristotélico e não kantiano. Para ela Kant diferencia a “humanidade dos seres humanos com a sua animalidade” e assim “somente a humanidade e a racionalidade são dignas de respeito e admiração; o resto da natureza é apenas um conjunto de ferramentas.”¹¹

Ao explicar a sua teoria do enfoque das capacidades, tratada posteriormente no texto, Martha segue, portanto, a ideia aristotélica do ser humano como animal político e a ideia de Marx de que o ser humano é uma criatura “que necessita de uma pluralidade de atividades vitais”. Apresenta a ideia de que há diversos tipos de dignidade animal no mundo e afirma que todas merecem respeito e tratamento justo e que o tipo humano é caracterizado por um tipo de racionalidade que não é idealizada e que consiste na variedade de formas de raciocínio prático. Da mesma forma a sociabilidade é igualmente fundamentada e abrangente.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3.ed. Atual. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59-60.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47.

E a necessidade corporal é uma característica própria da racionalidade e da sociabilidade do ser humano, assim se tratando de um aspecto de nossa dignidade, e algo que não deva ser diferenciado. Com este entendimento, é possível perceber que o enfoque das capacidades acredita que existe “algo maravilhoso e admirável em todas as formas complexas de vida.”¹²

Pode-se observar que Nussbaum, como já brevemente afirmado, principalmente no seu livro *Fronteiras da Justiça*, refuta, de modo geral, as ideias contratualistas. Para ela estas teorias não dão conta de tratar de todos os tipos de pessoas e nem de proteger a dignidade humana delas. Ela acredita que o problema dessas teorias já começa na elaboração de seus princípios. Assim, seu principal questionamento é no sentido de entender por quem serão definidos os princípios e para quem serão destinados.

Neste sentido, ela desenvolve uma teoria que de modo geral critica as ideias contratualistas, em especial de John Rawls, mas também utiliza alguns pequenos elementos delas e alguns elementos do marxismo e da filosofia aristotélica para desenvolver a sua própria compreensão e formulação da dignidade humana.

Desta maneira, Nussbaum produz o que poderia ser chamado de um “contratualismo aristotélico” onde mescla dentro de uma teoria elementos extraídos de três tradições filosóficas distintas e até mesmo rivais: a clássica, a moderna e a pós-moderna¹³.

A filósofa sistematiza (juntamente com Amartya Sen seu orientador) surpreendentemente alguns elementos que considera serem necessários para efetivação prática da dignidade humana, e assim, cria a chamada teoria das capacidades, como se observará na sequência.

¹² NUSSBAUM, Martha. *Human Dignity and Political Entitlements*. 2008. Disponível em: <https://bioethicsarchive.georgetown.edu/pcbe/reports/human_dignity/chapter14.html> Acesso em: 25 jul. 2016.

¹³ NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 196-197, 427.

4 A QUESTÃO DAS CAPACIDADES E A REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

O fundamento base da abordagem das capacidades segundo Nussbaum é a dignidade humana. Pela sua compreensão, todas as pessoas, em todos os lugares do mundo, devem possuir meios para alcançá-la e desenvolver as capacidades essenciais para que a vida digna seja possível¹⁴.

Ela ressalta que esta ideia de enfoque das capacidades é uma maneira de abordagem dos direitos humanos que tem sua ideia associada de modo muito próximo à noção de dignidade humana. E ainda, apresenta a ideia de que o enfoque das capacidades é universal, pois, as capacidades são consideradas importantes para todos os cidadãos em qualquer nação, tendo cada pessoa que ser tratada como um fim¹⁵.

Desta forma, é essencial que se perceba que esta teoria do enfoque das capacidades de Nussbaum se estabelece centralmente com a ideia de uma lista que contempla inúmeros aspectos, como se pode observar¹⁶:

1. *Vida*. Ter a capacidade de viver até o fim de uma vida humana de duração normal; não morrer prematuramente, ou antes que a própria vida se veja tão reduzida que não valha a pena vivê-la.
2. *Saúde física*. Ser capaz de ter boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva; de receber uma alimentação adequada; de dispor de um lugar adequado para viver.
3. *Integridade física*. Ser capaz de se movimentar livremente de um lugar a outro; de estar protegido contra ataques de violência, inclusive agressões sexuais e violência doméstica;

¹⁴ NUSSBAUM, Martha C. Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 196-197, 427.

¹⁵ FERREIRA NETO, Arthur Maria. A Viabilidade de um Contratualismo Rawlsiano-Aristotélico: Uma análise crítica de “Frontiers of Justice” e a tentativa de conjugação de tradições filosóficas rivais. 2008. 175 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica Do Rio Grande Do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 27-28.

¹⁶ RENCK, Maria Helena Pinheiro. Restrições Legais a Direitos Humanos: o caso da legislação da Assistência Social do Brasil e os direitos fundamentais da pessoa com deficiência. 2014. 192 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, 2014. p. 17.

dispor de oportunidades para a satisfação sexual e para a escolha em questões de reprodução.

4. *Sentidos, imaginação e pensamento.* Ser capaz de usar os sentidos, a imaginação, o pensamento e o raciocínio – e fazer essas coisas de um modo “verdadeiramente humano”, um modo informado e cultivado por uma educação adequada, incluindo, sem limitações, a alfabetização e o treinamento matemático e o científico básico. Ser capaz de usar a imaginação e o pensamento em conexão com experimentar e produzir obras ou eventos, religiosos, literários, musicais e assim por diante, da sua própria escolha. Ser capaz de usar a própria mente de modo protegido por garantias de liberdade de expressão, com respeito tanto à expressão política quanto artística, e liberdade de exercício religioso. Ser capaz de ter experiências prazerosas e evitar dores não benéficas.

5. *Emoções.* Ser capaz de manter relações afetivas com coisas e pessoas fora de nós mesmos; amar aqueles que nos amam e que se preocupam conosco; sofrer na sua ausência; em geral, ser capaz de amar, de sentir pesar, sentir saudades, gratidão e raiva justificada. Não ter o desenvolvimento emocional bloqueado por medo e ansiedade. (Apoiar essa capacidade significa apoiar formas de associação humana que podem se revelar cruciais para seu desenvolvimento.)

6. *Razão prática.* Ser capaz de formar uma concepção de bem e de ocupar-se com a reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida. (Isso inclui proteção da liberdade de consciência e de prática religiosa.)

7. *Afiliação.* A. Ser capaz de viver com e voltado para outros, reconhecer e mostrar preocupação com outros seres humanos, ocupar-se com várias formas de interação social; ser capaz de imaginar a situação do outro. (Proteger essa capacidade significa proteger as instituições que constituem e alimentam tais formas de afiliação e também proteger a liberdade de associação e de expressão política.)

B. Ter as bases sociais de autorrespeito e não humilhação; ser capaz de ser tratado como um ser digno cujo valor é igual ao dos outros. Isso inclui disposições de não discriminação com base em raça, sexo, orientação sexual, etnia, casta, religião, origem nacional.

8. *Outras espécies.* Ser capaz de viver uma relação próxima e respeitosa com animais, plantas e o mundo da natureza.

9. *Lazer.* Ser capaz de rir, brincar, gozar de atividades recreativas.

10. *Controle sobre o próprio ambiente.*

A. *Político.* Ser capaz de participar efetivamente das escolhas políticas que governam a própria vida; ter o direito à participação política, proteções de liberdade de expressão e associação.

B. Material. Ser capaz de ter propriedade (tanto bens imóveis quanto de móveis) e ter direitos de propriedade em base igual à dos outros; ter o direito de candidatar-se a empregos em base de igualdade com os demais; ter a liberdade contra busca e apreensão injustificadas. No trabalho, ser capaz de trabalhar como ser humano, exercendo a razão prática e participando de relacionamentos significativos, de reconhecimento mútuo com os demais trabalhadores.

Com ela, pode-se perceber o cuidado que Nussbaum teve em delimitar de forma tão detalhada as capacidades necessárias para a realização da dignidade em cada área da vida humana. Isso faz com que a dignidade humana passe de um plano teórico de simples conceituação para um plano prático e mais objetivo de realização.

A filósofa a intitula como “das capacidades humanas centrais”, e deixa claro que tal lista é uma explicação do mínimo de garantias sociais centrais, que não é uma explicação exaustiva da justiça política, e ainda, que é uma lista aberta que tem sofrido modificações ao longo do tempo¹⁷.

Ela ressalta que a vida sem algumas das capacidades por ela listada não pode ser considerada como uma vida apropriada à dignidade humana¹⁸. E ainda apresenta a ideia de que a lista é adequada para combater as desigualdades entre as nações¹⁹.

Neste sentido, se se partir da ideia de que todos os cidadãos do mundo têm direito a um nível mínimo das capacidades listadas por Nussbaum, pode-se pensar sobre como as nações, organizações internacionais, corporações multinacionais, ONGs e indivíduos podem compartilhar funções correspondentes aos direitos humanos²⁰.

¹⁷ NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 94.

¹⁸ NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 91-93.

¹⁹ NUSSBAUM, Martha C. *Human Rights and Human Capabilities*. *Harvard Human Rights Journal* 20. 2007. p. 21-24. p. 22. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hhrj20&id=24&type=text&collection=journals>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

²⁰ NUSSBAUM, Martha C. *Human Rights and Human Capabilities*. *Harvard Human Rights Journal* 20. 2007. p. 21-24. p. 22. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hhrj20&i>

Nesta sua perspectiva teórica pode-se que a filósofa apresenta uma versão universalista tanto da dignidade quanto dos direitos humanos. O que significa dizer que Nussbaum não acredita que a dignidade humana é dependente de fatores culturais, mas sim, algo que possuímos pelos simples fatos de sermos indivíduos, algo comum a todos os humanos (e, de forma semelhante, aos animais também).

Cumprir ressaltar ainda, é que o maior problema a respeito dos direitos humanos, e conseqüentemente da dignidade humana, que se encontra atualmente não é de cunho filosófico, mas sim de cunho jurídico e político. De forma que, o mais importante em relação estes não é saber qual sua natureza ou fundamento ou se são direitos naturais ou históricos, o que importa de fato é encontrar qual a forma mais segura de garanti-los²¹.

Neste ponto Nussbaum tem grande importância, pois ela sistematiza a dignidade de forma tão prática que não fica difícil estabelecer parâmetros para efetivá-la. Por isso este seu enfoque das capacidades tem sido uma teoria muito utilizada nos debates atuais de efetivação tanto dos direitos humanos quanto dos direitos dos animais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, é evidente o papel de Nussbaum para a construção do conceito de dignidade humana e da mesma forma, de seus escritos para a filosofia do direito bem como para inúmeras outras áreas de debate como: a bioética, a questão dos direitos das mulheres, dos portadores de deficiências, dos direitos dos animais, etc..

Esta importância se dá, pois sua teoria fornece uma solução alternativa à questão da proteção e realização da dignidade humana, questão essa fundamental para a realização dos direitos humanos e fundamentais.

d=24&type=text&collection=journals>. Acesso em: 05 jul. 2016.

²¹ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. São Paulo: Editora Campus, Elsevier, 2004. p. 17.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Roberto. A noção paradoxal de dignidade humana. *Bioética*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 435-449, 2009. Disponível: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/509/510>. Acesso em: 01 ago. 2016.
- BAEZ, Narciso Leandro Xavier. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZAROBBA, Orides (org.). *Dimensões Materiais e eficaciais dos direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.
- BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada. A morfologia das teorias universalistas dos direitos humanos fundamentais. In: ALEXY, Robert et al. *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed: Unoesc, 2013.
- BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BERNARDI, Sílvia Waltrick. A dignidade humana e o direito fundamental à saúde. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (Org.). *Direitos Humanos em evolução*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Editora Campus, Elsevier, 2004.
- FERREIRA NETO, Arthur Maria. *A Viabilidade de um Contratualismo Rawlsiano-Aristotélico: Uma análise crítica de “Frontiers of Justice” e a tentativa de conjugação de tradições filosóficas rivais*. 2008. 175 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica Do Rio Grande Do Sul, Porto Alegre, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NUSSBAUM, Martha. *Human Dignity and Political Entitlements*. 2008. Disponível em: <https://bioethicsarchive.georgetown.edu/pcbe/reports/human_dignity/chapter14.html> Acesso em: 25 jul. 2016.

NUSSBAUM, Martha C. Human Rights and Human Capabilities. *Harvard Human Rights Journal* 20. 2007. p. 21-24. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hhrj20&id=24&type=text&collection=journals>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Atual. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RENCK. Maria Helena Pinheiro. *Restrições Legais a Direitos Humanos: o caso da legislação da Assistência Social do Brasil e os direitos fundamentais da pessoa com deficiência*. 2014. 192 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, 2014.

FUNDAMENTOS DA DESIGUALDADE DE GÊNERO COM BASE NA TEORIA DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM

Grazieli Ana Paula Schmitz

1 INTRODUÇÃO

As grandes transformações metodológicas e teóricas sofridas nas últimas décadas do século XX direcionaram os olhares dos historiadores a grupos sociais e a temas que eram marginalizados nos estudos históricos, como os idosos, os escravos, os operários, os camponeses e as mulheres. Desta forma, influenciada por novos interesses demonstrados pelas campanhas feministas, a história das mulheres emerge como um novo campo de estudos.

Sabendo ser normal que haja na vida humana diferentes necessidades, é democrático que todas as camadas sociais tenham suas ânsias supridas.

Analisar e compreender qual o papel do feminismo nas lutas travadas em busca do reconhecimento da igualdade das mulheres em relação aos homens; como o comportamento feminino era visto pela sociedade em diversos momentos históricos; quais os avanços obtidos, bem como as contendas que ainda esperam por realizações e a forma como são tratadas, é de suma importância para que se consiga concluir a análise a que se propõe este trabalho.

Para tratar do tema, optou-se em dividir este estudo em três partes. A primeira destinou-se ao estudo da igualdade, sua definição e desdobramentos em linhas gerais ligando-se, em seguida, a desigualdade de gênero.

Na segunda parte, adentrou-se ao estudo da Teoria das Capacidades de Martha Nussbaum, a fim de proporcionar a compreensão da sua

** Discente do Curso de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, grazielischmitz@outlook.com.

abordagem filosófica para, em seguida, em uma terceira parte, unir os pontos e analisar as capacidades voltadas para temática da desigualdade entre homem e mulher e o papel de sua teoria para a questão.

Para tanto, foi empregado o método dedutivo de pesquisa e pesquisa bibliográfica.

2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A DESIGUALDADE DE GÊNERO

A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, que descreve o rol de direitos e garantias fundamentais, prevê a igualdade de direitos entre homens e mulheres, conforme segue:

Art. 5º 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;

O que se observa da Constituição Federal, na verdade, são os princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico brasileiro. Tais princípios, segundo Alexy (2011, p. 396), são mandamentos que tem como um de seus destinatários o legislador.

Dessa forma, o princípio da igualdade destinado ao legislador significa que ele deve considerar as diferenças naturais e situacionais dos cidadãos, para, dessa forma, não criar normas incompatíveis com sua finalidade, sem sentido ou injustas (ALEXY, 2011, p. 396).

Assim, não pode o legislador simplesmente tratar todos de forma equânime, pois há que se considerar a máxima “tratar os iguais, igualmente, e os desiguais, desigualmente.”

Neste tocante, se faz necessário analisar quais os requisitos e situações permissivos do tratamento desigual.

Em geral, a lei acaba erigindo diferenças relevantes para fins de discriminar situações e atribuir os efeitos jurídicos correspondentes à diversidade estabelecida (MELLO, 2012, p. 13).

Mello explica que muitas vezes a lei utiliza de certas diferenciações como fator discriminatório, contudo, não é por causa dessa diferenciação que há ofensa ao princípio da igualdade. Isso porque, muitas vezes, ainda que haja discriminação, ela não ofende ao preceito legal. A diferenciação estipulada ocorre por alguma razão e “não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico” (2012, p. 16-17).

Nesse sentido,

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária e apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. (MELLO, 2012, p. 17, grifo do autor)

Assim, o ditame constitucional, ao explicitar impedimento discriminatório em face de raça, sexo, trabalho, etc., evidencia razões gerais que não podem ser tomadas como fundamento gratuito de discriminação, ou seja, que não podem, por si só, ser geradores de discriminação (MELLO, 2012, p. 18).

Nesse contexto, as pessoas não podem ser excluídas do direito de ocupar determinado cargo, salvo situações específicas, onde não será contrário ao princípio exigir que determinado cargo seja ocupado por mulheres, se a função a ser exercida for num presídio feminino, por exemplo.

Com a ordem jurídica exigindo igualdade, o sistema normativo se resguarda de arbitrariedades, posto que, o fator utilizado para desigualar deve ter pertinência lógica com a diferenciação, impedindo desigualdades injustificadas (MELLO, p. 18).

Dito isso, passa-se então a analisar porque a discriminação sexual perdura, mesmo que a legislação constitucional assegure igualdade entre homens e mulheres.

Examinando qual poderia ser a origem que justificaria a falta de participação política e social feminina, Nussbaum esclarece que, na teoria contratualista clássica, todos os agentes contratantes seriam homens “iguais, livres e independentes.” Adentrando nesses conceitos, percebe-se que as mulheres, as crianças e os idosos, por serem consideradas não produtivas, permaneciam ausentes na participação da escolha dos princípios políticos (2013, p. 18-19).

Sobre isso, Nussbaum, conclui que

os muito mais fracos, seja no corpo ou na mente, simplesmente não fazem parte da sociedade política, não são matéria da justiça. Mesmo nas raras ocasiões em que as mulheres recebem certas vantagens, elas não são consideradas membros protegidos como iguais sob as regras de justiça, não mais do que os animais domésticos, que podem também escapar de mau tratamento por causa de suas feições agradáveis. (Nussbaum, 2013, p. 60).

Nesse sentido, Kymlicka lembra que até boa parte do século passado permaneciam as restrições aos direitos civis e políticos das mulheres, sob argumentos baseados em sua natureza, acreditando serem inaptas para atividades políticas e econômicas fora do lar; ao contrário do que pensam os teóricos contemporâneos, que aceitaram que as mulheres são capazes de se autodeterminar e que possuem senso de justiça para participar do domínio público (2006, p.305).

As democracias liberais, portanto, passaram a adotar estatutos antidiscriminação, porém, estes não propiciaram, de fato, igualdade sexual (KYMLICKA, 2006, p. 305).

Todavia, ainda que, aos poucos, as mulheres passaram a ser incluídas socialmente em alguns setores, permaneciam fora da formulação da

legislação, por exemplo, e, por mais que as visões tradicionais de discriminação tenham sido progressivamente abandonadas, parte das feministas acreditam que, pelos princípios terem sido desenvolvidos pelos homens e em seus interesses, ainda são incapazes de adequar-se as necessidades femininas (KYMLICKA, 2006, p. 304).

E, assim sendo, isso se deve ao fato de que os interesses de uma classe, a princípio, só podem ser de fato desenvolvidos e assegurados se os integrantes desta classe participarem do processo de formulação de seus direitos.

Em igual sentido, Nussbaum salienta que “os sujeitos primários da justiça são os mesmos que escolhem os princípios”. Sendo assim, quando da colocação de pré-requisitos para participar do processo de escolha dos princípios básicos que regerão uma sociedade, há consequências para os destinatários que foram excluídos, pois o fato de não estarem entre aqueles que possuem o poder de escolha, significa também que não são escolhidos como destinatários dos princípios (2013, p. 21).

A autora traz duas questões relevantes sobre o assunto, são elas: “Por quem são determinados os princípios básicos da sociedade?” e “Para quem são determinados os princípios básicos?”. Com estas indagações quer demonstrar que as partes contratantes dos princípios básicos supostamente deveriam ser as mesmas (NUSSBAUM, 2013, p. 20).

Estas questões não teriam relevância se considerados os seres vivos como sujeitos de justiça, então merecedores de respeito. Mas, ainda assim, se reconhece que, mesmo que alguns sujeitos não sejam capazes de participar do procedimento de escolha dos princípios, merecem ser tratados em pé de igualdade perante os outros (NUSSBAUM, 2013, p. 22).

Simone de Beauvoir (1970, p. 13), que dedicou parte de seus estudos à discussão acerca da condição das mulheres em relação aos homens, menciona que a divisão dos sexos é um dado biológico, que não é capaz de justificar, por si só, o tratamento social entre homens e mulheres.

Nesse sentido, Beleza (2010, p. 63), ao discorrer sobre gênero e sexo, explica que sexo é um conceito que advém da Biologia, considerado como “qualidade *natural* conotada com uma forma de reprodução sexuada, própria de muitas espécies de seres vivos” e, na espécie humana, distingue os homens das mulheres. Gênero, por sua vez, seria uma forma de comportamento e identidade atribuídos aos sexos. É uma construção social, cultural e política, portanto, sujeita a alteração, já que imputado às pessoas com a carga histórica do tempo em que se dá. [grifo da autora]

Em síntese, para Beleza (2010, p. 63) gênero seria

Uma característica das pessoas (ainda que cultural e não biológica), como um sistema de relacionamento social que vai buscar chão definitivo ao “pretexto” sexual (biológico), ou ainda acentuando seu traço de representação simbólica de dominação (“desigualdade”).

Historicamente é possível constatar que, desde os primórdios, as mulheres foram submetidas ao sexo masculino, especialmente em virtude da cultura patriarcal que imperou nas mais diversas sociedades, o que torna praticamente natural a presença da autoridade do homem.

De tal modo, a incompatibilidade originada no mercado de trabalho para a mulher, em virtude da sua missão de criar os filhos, acentua ainda mais a desigualdade de gênero, especialmente porque a elas sobra o trabalho de meio período e o salário mais baixo, fatores que levam muitas delas a se tornarem economicamente dependentes dos homens (KYMLICKA, 2006, p. 308)

Como resultado, a maior parte da renda familiar vem do trabalho do homem, a mulher exerce trabalho doméstico não remunerado e torna-se dependente dos seus recursos, (KYMLICKA, 2006, p. 308).

Kymlicka, (2006, p. 311) traz como exemplo:

Considere uma sociedade que restringe o acesso à contracepção e ao aborto, que define o pagamento de trabalhos

de maneira que os torne incompatíveis com o parto e a criação dos filhos e que não provê compensação econômica pelo trabalho doméstico. Toda mulher que enfrenta uma gravidez não planejada e que não pode criar os filhos e ter um trabalho remunerado simultaneamente é tornada economicamente dependente de alguém que obtém renda de maneira estável (isto é, um homem). [...] Portanto, homens e mulheres ingressam no casamento com potenciais de obtenção de renda desiguais e esta disparidade aumenta durante o casamento à medida que o homem adquire experiência de trabalho valiosa.

Sendo assim, o problema da dominação é a presença de poder que fica com o homem, quando deveria conferido também às mulheres, sobretudo, para criar e definir papéis, pois assim conseguiriam ajustar os cargos às suas peculiaridades. Deste modo, teria um sistema sem papel social de trabalho “masculino” como superior ao “feminino” (KYMLICKA, 2006, p. 313).

Greer (2001, p. 339) afirma que “igualdade significa pegar o leve e o pesado, dividir a opressão masculina, assim como seus privilégios”. Nesse sentido, para a autora, a mulher não deve apenas ser ativista de gênero, mas de equidade. Assim, entende ser justo receber pagamento por igual trabalho, desde que faça igual trabalho. Isso é ser igual para a igualdade.

Com o escopo de atenuar a desigualdade entre homens e mulheres, Nussbaum elaborou filosoficamente a “Teoria das Capacidades”, a qual tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e propósito de as pessoas não serem tratadas como meio, mas como fim em si. Essa teoria tem especial aplicação no tocante a igualdade de gênero, onde as mulheres são tidas como meio para realização dos fins dos outros, o que, na sequência, passa a ser analisado.

2 A TEORIA DAS CAPACIDADES^{1,2}

A teoria das capacidades é desenvolvida filosoficamente por Martha Nussbaum. Essa abordagem teve como pioneiro Amartya Sen, cujos estudos se voltam para o campo da economia, mas, Nussbaum, por sua vez, emprega sua abordagem das capacidades na área da filosofia e afirma ser independente do trabalho de Sen (2000, p. 70-71).

O pensamento de Nussbaum parte da ideia de Aristóteles acerca do funcionamento humano e o uso de Marx delas. Outrossim, afirma que usa a ideia como “foundation for basic political principles that should underwrite constitutional guarantees”³ (2000, p. 70-71).

Neste enfoque, para apoiar a dignidade humana, a abordagem das capacidades seria uma fonte de princípios políticos capazes de garantir o mínimo social básico numa sociedade liberal pluralística, focando no que as pessoas são capazes de ser e fazer, em que se têm nessas capacidades humanas as exigências para uma vida apropriada à ideia de dignidade (NUSSBAUM, 2013, p. 84).

O enfoque das capacidades parte da ideia de que os direitos nascem a partir da existência da pessoa como ser humano, ou seja, a possibilidade de reivindicá-los advém do nascimento na comunidade humana, e não apenas por possuir um “conjunto de capacidades básicas”. Defende

¹ A lista das dez capacidades centrais elaboradas por Nussbaum se encontra em anexo ao final do trabalho.

² Este artigo tem por finalidade apresentar as ideias de Martha Nussbaum desenvolvida filosoficamente na Teoria das Capacidades, assunto este ainda pouco estudado, portanto, de pouca base bibliográfica e crítica. Todavia, apesar das dificuldades em desenvolvê-lo, haja vista escasso material, as obras da autora são muito ricas, o que torna, do mesmo modo, possível de realizá-lo com considerável conteúdo e significado. Dessa forma, pretendo com este trabalho divulgar esse pensamento e fomentar um maior equilíbrio ideológico nas relações homem-mulher, porque compartilho com esse ideal e o que nos diferencia é um conceito social-biológico, pois nossa natureza é a mesma, de seres humanos, e as pessoas precisam perceber que no estágio atual da humanidade, é imprescindível haver uma perspectiva ideal de igualdade nas relações e a própria mulher precisa tomar consciência do seu papel na produção dessa ideologia e da normatização de certas questões também e, portanto, escrevo para a consciência de ambos.

³ Fundamentação para princípios políticos básicos que devem subscrever garantias constitucionais.

ainda, que os direitos relevantes não são fruto de leis e instituições, mas, sim, pré-políticos (NUSSBAUM, 2013, p. 352).

Na lista proposta por Nussbaum são listados dez direitos não exaustivos, descritos abstratamente, em que suas especificações podem variar conforme a cultura, os quais visam “empregar um nível mínimo para cada capacidade, abaixo do qual se acredita que aos cidadãos não está sendo disponibilizado um funcionamento verdadeiramente humano” (2013, p. 85).

Os itens da lista são separados, o que significa que se um deles está abaixo do limite, este não pode ser compensado por outro que está num nível maior. Cada princípio tem uma importância central e deve ser assegurado seu mínimo (NUSSBAUM, 2000, p. 81).

Portanto, as capacidades são inegociáveis, ou seja, na medida em que uma está em *déficit*, este não pode ser resolvido aumentando o nível de outra capacidade, pois todas são imprescindíveis para uma vida decente e é de direito do cidadão que seja assegurado um mínimo de cada, o que, ao contrário, apresenta uma falha na justiça básica (NUSSBAUM, 2013, p. 205).

Em sua obra *Fronteiras da Justiça*, Nussbaum afirma utilizar esta teoria para “fornecer a base filosófica para uma explicação das garantias humanas centrais que devem ser respeitadas e implementadas pelos governos de todas as nações, como um mínimo do que o respeito pela dignidade requer” (2013, p. 84).

Dispondo destas capacidades humanas oferecidas, tem-se uma vida apropriada à ideia de dignidade. (NUSSBAUM, 2013, p. 84)

Nussbaum relata que a abordagem utilizada para avaliar a qualidade de vida dos países era baseada no Produto Interno Bruto per capita. Todavia, esse tratamento de comparação cultural deixava a desejar em muitos aspectos, pois não era capaz de avaliar a maneira como era distribuída a riqueza nos países. Dessa forma, um país que apresentava um bom PIB, muitas vezes sofria grandes desigualdades internamente (2000, p. 60).

Isso porque a análise da qualidade de vida considerando unicamente o quantum do PIB de um país desconsiderava a distribuição dessa renda e riqueza. Assim, além de verificar como é distribuído internamente, é necessário avaliar outros fatores, como, por exemplo, as oportunidades educacionais e de emprego, a expectativa de vida e mortalidade infantil, as liberdades políticas, a qualidade das relações raciais e de gênero, a fim de concluir, de fato, como figura a qualidade de vida de uma nação e ter condições de realizar análises transculturais válidas (NUSSBAUM, 2000, p. 61).

Além disso, e com especial foco neste trabalho, a abordagem do PIB desconsidera grandes variações em aspectos relacionados à igualdade de gênero. É necessária uma abordagem para selecionar princípios básicos leve em consideração cada pessoa como um fim (NUSSBAUM, 2000, p. 61).

A lista das capacidades de Nussbaum segue o sistema político liberal, com intuito de ser universal, o que significa que pode servir para pessoas com visão de mundo muito diferentes do que seria uma boa vida para um ser humano, porque propõe as bases morais de garantia constitucional central e, porque a lista é de capacidades ou oportunidades que permitem o funcionamento das pessoas (2000, p. 74).

Explicando a relação entre as capacidades e o funcionamento, Nussbaum traz que “where adult citizens are concerned, capability, not functioning, is the appropriate political goal”⁴, pois, muito embora seja o funcionamento o responsável por tornar a vida plenamente humana, para fins políticos, cabe ao Estado promover, por si só, as capacidades, haja vista que seu *funcionamento* fica a cargo dos cidadãos. O papel estatal é de garantir alimento, mas comer fica à escolha do cidadão (2000, p. 87).

Nesse sentido, a autora prefere se ater somente as capacidades como objetivo de política pública, porque, se o funcionamento também fizesse parte, os cidadãos seriam empurrados em uma única direção, que

⁴ Onde os cidadãos adultos estão em causa, capacidade, não funcionamento, é o objetivo político adequado.

não respeitaria a pluralidade e suas próprias vontades, conseqüentemente impedindo e violando seus direitos de escolha (NUSSBAUM, 2000, p. 87).

No tocante ao universalismo de sua teoria, entende que para assegurar a liberdade, o pluralismo e a liberdade pessoal, se faz necessária uma abordagem de normas universais, pois é a única capaz de defendê-los e tratar o ser humano como um fim. A adoção de uma teoria universal visa, com o liberalismo político, obter um consenso sobreposto dos estados-nação e oferecer uma base filosófica dos princípios constitucionais, sendo que sua conseqüente aplicação deve ficar a cargo da política interna de cada país (NUSSBAUM, 2000, p. 105-106).

3 A TEORIA DAS CAPACIDADES E SUA RELAÇÃO COM A DESIGUALDADE DE GÊNERO

Mesmo que a teoria das capacidades vise uma abordagem universal, Nussbaum admite que podem ser adequadas e especificadas conforme cada cultura (2000, p. 07).

Todavia, a autora adverte que a filosofia feminista é frequentemente cética em relação a abordagens normativas universais, mas considera poder desenvolver uma filosofia feminista “universalist, committed to cross-cultural norms of justice, equality, and rights, and at the same time sensitive to local particularity, and to the many ways in which circumstances shape not only options but also beliefs and preferences”⁵ (2000, p. 07).

Embora os esforços pessoais de cada mulher para ter competência e domínio para controlar suas condições de vida dentro da sua cultura, veem-se esforços comuns das mulheres em várias partes do mundo, pois suas necessidades são similares. Nesse sentido:

[..] similarly, the body that gets beaten is in a sense the same all over the world, concrete though the circumstances of do-

⁵ Tradução: “universalista, comprometida com as normas inter-culturais de justiça, igualdade e direitos, e ao mesmo tempo sensíveis a particularidade local, e para o muitas maneiras em que circunstâncias moldam não apenas as opções, mas também crenças e preferências”.

mestic violence are in each societ. Even what is most apparently strange in the circumstances of each is also so, in another level, not so unfamiliar⁶. (NUSSBAUM, 2000, p. 22-23).

A autora entende que os preconceitos sociais realizados em face das minorias desfavorecidas pelos grupos influentes pode ser autorrealizável, o que significa que essas pessoas desfavorecidas acabam por interiorizar o status de segunda classe, fazendo escolhas que condizem a esse status, se conformando e perpetuando-o ao longo de suas vidas (NUSSBAUM, 2000, p. 126-127).

Nesse sentido, Nussbaum observa:

Moreover, the list contains many items that women over the ages haven't wanted for themselves, and some that even today many women don't pursue – so in putting the list at the center of a normative political project aimed at providing the philosophical underpinning for basic political principles, we are going against not just other people's preferences *about* women, but, more controversially, against many preferences (or so it seems) of women about themselves and their lives.⁷ (2000, p. 112).

O liberalismo tem mostrado que a deformação das preferências básicas pode ser fruto de manipulação pela tradição e intimidação (NUSSBAUM, 2000, p. 115).

A sociedade política foi explicada como sendo todos de igual valor em seu estado de natureza. Essa característica surgiu com o liberalismo clássico, no intuito de atacar as tradições feudais e monárquicas, pois, as-

⁶ “Da mesma forma, o corpo que apanha está em um mesmo sentido em todo o mundo, embora as circunstâncias de violência doméstica estão em cada sociedade em concreto. Mesmo o que é aparentemente mais estranho nas circunstâncias de cada um é também, em outro nível, não tão desconhecido”.

⁷ Além disso, a lista contém muitos itens que as mulheres com mais idades não queriam para si, e alguns que ainda hoje muitas mulheres não perseguem - assim colocando a lista no centro de um projeto político normativo que visa proporcionar a compreensão filosófica para princípios políticos básicos, nós estamos indo contra não apenas as preferências de outras pessoas sobre as mulheres, mas, mais controversamente, contra muitas preferências (ou assim parece) de mulheres sobre si mesmas e sua vidas.

sim considerados, há como criticar os regimes que fazem do *status* social e grau de riqueza fonte de diferença social (NUSSBAUM, 2013, p. 13-14).

A autora acredita ser improvável que as pessoas subordinadas ou as minorias (entre estas as mulheres), recebam o mínimo de vida que lhes é atribuído e conformem-se com isso. Mesmo que as mulheres sejam intimidadas e muitas vezes impedidas de resistir, suas lutas têm sido registradas e a ideia de que as mulheres e as minorias se veem diferentes e com projetos de vida diferente dos homens é improvável se comprovar (NUSSBAUM, 2013, p. 316).

Os seres humanos são criaturas com recursos de nível inferior, ou seja, capacidades básicas. Quando lhes é fornecido apoio material e educacional, tornam-se aptos, com o recurso que lhes é dado, a alcançar o nível alto e se tornar completamente capazes a todas as funções humanas. (NUSSBAUM, 2000, p. 83).

Portanto, a partir do momento em que se experimentam certas capacidades, o processo é irreversível. As mulheres podem até optar pela vida tradicional do lar e não trabalhar fora de casa, mas essa é uma mudança no seu modo de *funcionamento* e não no seu nível de *capacidade* (NUSSBAUM, 2000, p. 153).

Nesse sentido, quando há maior limitação de algo na estrutura de uma sociedade, esta deve dispor de mais recursos nesse sentido para suprir essa falta, como, por exemplo, uma cultura que desencoraja as mulheres à educação, precisa destinar mais recursos para reverter essa situação e igualarem-se ao letramento dos homens (NUSSBAUM, 2013, p. 203).

Mencionando que uma vida sem o mínimo dos direitos que considera básico seria incompatível com a dignidade humana, a autora explica que os argumentos do que seria necessário para cumprir com essa vida plenamente humana adviriam de “intuição reflexiva independente” e não em “preferências existentes” (NUSSBAUM, 2013, p. 344).

Isso quer dizer que, para se chegar à conclusão de quais são esses direitos fundamentais, reconhece-se, por exemplo, no caso do direito à educação, que os seres humanos são deformados e não se desenvolveriam sem ela, e não por questionamento do que as pessoas prefeririam, pois estas preferências, no caso das mulheres, seriam “deformadas pela falta de informação, pela intimidação e pela adaptação a uma visão de vida de acordo com a qual os meninos tem direito à educação e as meninas, não” (NUSSBAUM, 2013, p. 344).

O caso dos portadores de deficiência serve como exemplo de exclusão social que pode se estender comparativamente para a abordagem das mulheres.

Entende-se que um dos grandes problemas no trabalho de assistência aos deficientes é a distinção da família entre pública e privada. Contudo, Nussbaum acredita que, por fazer parte da estrutura básica da sociedade, esta é, ao contrário, pública e política. Dessa forma, os trabalhos de assistência, que são em sua maioria exercidos pelas mulheres, receberiam a intervenção estatal, a qual no modelo liberal é delimitada pela liberdade de associação e não interferência estatal, possibilitando conceber-se uma mudança na legislação para melhor distribuição de recursos e oportunidades dentro do âmbito familiar (2013, p. 261-262).

Dentre alguns defeitos, está o não pagamento do trabalho assistencial realizado pelos membros da família. Acredita-se que se a educação pública destacasse a importância do trabalho assistencial romperia a relutância dos homens em desempenhá-los, fruto, sobretudo, das concepções sociais de masculinidade e sucesso. Todavia, os eles são resistentes em ameaçar suas carreiras ou exercer trabalho de meio período (NUSSBAUM, 2013, p. 262 - 264).

Com ligação estreita aos direitos humanos, outra característica da abordagem das capacidades é sua importância no sentido de contribuir com as ambiguidades mais latentes que possui a linguagem dos direitos. Dentre elas, o problema da liberdade negativa, em que alguns pensadores

e Constituições acreditam que, para assegurar um direito, basta que o Estado abstenha-se de interferir. Ou seja, para que a garantia da liberdade de expressão, por exemplo, se concretize, basta sua não restrição para que reste assegurada, não necessitando de nenhuma ação afirmativa para sua configuração. Porém, quando os obstáculos são causados no âmbito privado, essa situação encontra problemas de determinar se deve se considerar como sendo violação de direitos (NUSSBAUM, 2013, p. 350-353).

A abordagem das capacidades acredita que para assegurar tais direitos são necessárias ações afirmativas do Estado, pois a melhor maneira de garantir direitos é estabelecendo condições para agir [*to function*], colocando-os em posição de capacidade para tal, o que requer mais do que abstenção da ação do Estado negativo (NUSSBAUM, 2013, p. 353-354).

Nas palavras de Nussbaum o enfoque das capacidades,

Por centrar desde o começo no que as pessoas são capazes de fazer e de ser, [...] está em boa posição para abordar as desigualdades que as mulheres sofrem dentro da família: desigualdades em recursos e oportunidades, privações educacionais, dificuldade em ter seu trabalho reconhecido como tal, ultrajes à integridade física. O discurso tradicional dos direitos tem negligenciado essas questões, e acredito que não por acaso, pois a linguagem dos direitos está fortemente ligada à distinção tradicional entre a esfera pública, regulada pelo Estado, e a esfera privada, na qual o Estado não deve intervir. Mais recentemente, as feministas conquistaram o reconhecimento internacional de muitos direitos humanos importantes para as mulheres. Mas para conseguir isso elas tiveram de desafiar a distinção público/privado, estreitamente ligada ao pensamento liberal tradicional dos direitos. (2013, p. 357-358).

Portanto, para as capacidades, a igualdade tem importância na base da teoria, uma vez que o que importa não é só a dignidade humana, mas a igualdade da dignidade humana (NUSSBAUM, 2013, p. 363).

4 CONCLUSÃO

As discussões em torno da igualdade de gêneros estão cada vez mais recorrentes no espaço público.

Recebe especial importância diante da crescente análise de temas relacionados ao trabalho, as obrigações domésticas, aos padrões impostos em relação ao corpo e comportamento feminino, as diversas formas de violência sofridas, entre outros.

Neste trabalho, o foco foi analisar o que é igualdade e, diante disso, se a desigualdade que impera sob as mulheres se justifica como permissivo de tratamento desigual e a proposta de Martha Nussbaum em sua Teoria das Capacidades.

Para tratar do tema, optou-se em dividir este trabalho em três partes. A primeira destinou-se a breve abordagem sobre a da igualdade, sua definição e desdobramentos em linhas gerais ligando-se, em seguida, a desigualdade de gênero.

Na segunda parte, adentrou-se ao estudo da Teoria das Capacidades de Martha Nussbaum, a fim de compreensão da sua abordagem filosófica para, em seguida, em uma terceira parte, unir os pontos e analisar as capacidades voltadas para a temática da desigualdade entre homem e mulher e o papel de sua teoria para a questão.

Para tanto, foi empregado o método dedutivo de pesquisa e pesquisa bibliográfica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. 4. ed. Difusão Européia do Livro, 1970.

BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito das mulheres e da igualdade social: a construção jurídica das relações de gênero*. Edições Almedina SA, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

GREER, Germaine. *A mulher inteira*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GOUGH, IAN. *El enfoque de las capacidades de M. Nussbaum: un análisis comparado con nuestra teoría de las necesidades humanas*. Trad. Leandro Nagore y Silvina Silva. Disponível em: <<http://www.otrodesarrollo.com/desarrollhumano/GoughEnfoqueCapacidadesNusbaum.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. Malheiros Editores, 2012.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução de Suzana de Castro – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NUSSBAUM, Martha C. *Woman and human development: the capabilities approach*. Cambridge University Press, 2000.

KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ANEXO

LISTA DAS CAPACIDADES

1. Vida. Ser capaces de vivir una vida humana de duración normal hasta su fin, sin morir prematuramente o antes de que la vida se reduzca a algo que no merezca la pena vivir.
2. Salud corporal. Ser capaces de gozar de buena salud, incluyendo la salud reproductiva, estar adecuadamente alimentado y tener una vivienda adecuada.
3. Integridad corporal. Ser capaces de moverse libremente de un lugar a otro; que los límites físicos propios sean considerados soberanos, es decir, poder estar a salvo de asaltos, incluyendo la violencia sexual, los abusos sexuales infantiles y la violencia de género; tener oportunidades para disfrutar de la satisfacción sexual y de la capacidad de elección en materia de reproducción.
4. Sentidos, imaginación y pensamiento. Ser capaces de utilizar los sentidos, de imaginar, pensar y razonar, y de poder hacer estas cosas de una forma realmente humana, es decir, informada y cultivada gracias a una educación adecuada, que incluye (pero no está limitada a) el alfabetismo y una formación básica matemática y científica. Ser capaces de hacer uso de la imaginación y el pensamiento para poder experimentar y producir obras auto-expresivas, además de participar en acontecimientos elegidos personalmente, que sean religiosos, literarios o músicos, entre otros. Ser capaces de utilizar la mente de maneras protegidas por las garantías a la libertad de expresión, con respeto a la expresión política, artística y de culto religioso. Ser capaces de buscar el sentido propio de la vida de forma individual. Ser capaces de disfrutar de experiencias placenteras y de evitar daños innecesarios.
5. Emociones. Ser capaces de tener vínculos afectivos con cosas y personas ajenas a nosotros mismos; amar a los que nos aman y nos cuidan y

sentir pesar ante su ausencia; en general, amar, sentir pesar, añorar, agradecer y experimentar ira justificada. Poder desarrollarse emocionalmente sin las trabas de los miedos y ansiedades abrumadores, ni por casos traumáticos de abusos o negligencias. (Defender esto supone promover formas de asociación humana que pueden ser demostrablemente esenciales para su desarrollo).

6. Razón práctica. Ser capaces de formar un concepto del bien e iniciar una reflexión crítica respecto de la planificación de la vida. (Esto supone la protección de la libertad de conciencia).

7. Afilación. A) Ser capaces de vivir con otros y volcados hacia otros, reconocer y mostrar interés por otros seres humanos y comprometerse en diversas formas de interacción social; ser capaces de imaginar la situación del otro y tener compasión hacia esta situación; tener la capacidad tanto para la justicia como para la amistad. (Esto implica proteger instituciones que constituyen y alimentan tales formas de afiliación, así como la libertad de asamblea y de discurso político). B) Teniendo las bases sociales del amor propio y de la no humillación, ser capaces de ser tratados como seres dignos cuyo valor es idéntico al de los demás. Esto implica, como mínimo, la protección contra la discriminación por motivo de raza, sexo, orientación sexual, religión, casta, etnia u origen nacional. Em el trabajo, poder trabajar como seres humanos, ejercitando la razón práctica y forjando relaciones significativas de mutuo reconocimiento con otros trabajadores.

8. Otras especies. Ser capaces de vivir interesados y en relación con los animales, las plantas y el mundo de la naturaleza.

9. Capacidad para jugar. Ser capaces de reír, jugar y disfrutar de actividades de ocio.

10. Control sobre el entorno de cada uno.

A) Político. Ser capaces de participar eficazmente en las decisiones políticas que gobiernan nuestras vidas; tener el derecho de participación política junto con la protección de la libertad de expresión y de asociación. B)

Material. Ser capaces de poseer propiedades (tanto tierras como bienes muebles) no sólo de manera formal, sino en términos de una oportunidad real; tener derechos sobre la propiedad en base de igualdad con otros; tener el derecho de buscar un empleo en condiciones de igualdad con otros, ser libres de registros y embargos injustificados.

Fonte: <http://www.otrodesarrollo.com/desarrollohumano/GoughEnfoqueCapacidadesNusbaum.pdf> Acesso em: 17 de julho de 2016 as 18:07.

A CAPACIDADE COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UMA IDENTIDADE DA MULHER

Jucélia Fátima Seidler Jeremias*

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que o respeito à identidade de gênero e por consequência, às diferenças, assim como a efetividade do direito à igualdade se constituem em fatores importantíssimos quando se fala em dignidade da pessoa humana da mulher.

Nesse sentido, este trabalho procura, em um primeiro momento, tratar sobre a abordagem das capacidades femininas e da necessidade de reconhecimento das diferenças de gênero, de seus direitos sociais, culturais e humanos e conseqüentemente da formação de sua identidade no cenário internacional e nacional. Assim, procura trabalhar com fatos e acontecimentos que levam em conta o período histórico, tomando como exemplo a discriminação sofrida pelas mulheres, o que, ainda que, com alguns avanços legislativos e constitucionais, não foi superado, uma vez que a mulher continua sendo tratada com diferenças.

Sobre o preconceito, coloca-se a luta atual para a superação de fatores discriminatórios, e por fim, como o processo de democratização no Brasil pode auxiliar através de práticas da sociedade civil e efetivação das legislações federais com influências marcantes da Proclamação de Direitos Universais a dirimir e a diminuir as diferenças sociais.

A necessidade de participação de entidades de defesa dos direitos fundamentais e dos Direitos Humanos para a promoção da igualdade e da não discriminação das minorias existentes no Brasil se faz importante para o debate sobre o tema.

* Mestranda no Curso de Direito Constitucional na Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Especialista em Direito Notarial e Registral, Especialista em Direito Civil e Negócios Imobiliários, Especialista em Famílias e Sucessões e Especialista em Contratos Imobiliários.

1 A ABORDAGEM DAS CAPACIDADES FEMININAS

Mesmo que a dignidade humana seja violada em razão do sexo (feminino), as mulheres como seres humanos que são têm sua dignidade que merece respeito das leis e das instituições sociais. A ideia de dignidade humana nos remete a ideia de igualdade de valores, quais sejam: ricos e pobres, rural e urbano, feminino e masculino, crianças e adultos, brancos e negros, enfim, todos são igualmente merecedores de respeito pela virtude de ser humano, o qual não deve ser abreviado nem diminuído em virtude de nenhum capricho ou poder econômico.

Observa-se que a ideia de valores iguais está ligada a ideia de liberdade e oportunidade: o respeito e o valor das pessoas com tratamento de igualdade promove sua capacidade de modos de vida de acordo com sua própria visão, consirando que isso é o que há de mais importante .

A história revela as fronteiras culturais, as lutas travadas, as metas a serem alcançadas e quais os males devem ser evitados. Para Castells (2008, p. 169),

O patriarcalismo é uma das estruturas sobre as quais se assentam todas as sociedades contemporâneas. Caracteriza-se pela autoridade, imposta institucionalmente, do homem sobre mulher e filhos no âmbito familiar. Para que essa autoridade possa ser exercida, é necessário que o patriarcalismo permeie toda a organização da sociedade, da produção e do consumo à política, à legislação e à cultura.

Alguns conceitos normativos como “qualidade de vida”, “desenvolvimento” e “direitos básicos” das mulheres, nos obrigam a defender uma posição normativa particular na medida em que pretendemos usá-las de forma frutífera (NUSSBAUM, 1999, p. 228).

As preocupações surgem quando o objetivo é buscar melhorias na vida das mulheres ou no mínimo amenizar algumas “diferenças”, mas estas dependem da economia e do desenvolvimento (mundo econômico

dominante) e das políticas públicas de desenvolvimento, cujo objetivo seria fornecer contas perfeitas de normas e metas, aumento da renda per capita e preferência de satisfação.

A “abordagem das capacidades” é uma abordagem às prioridades de desenvolvimento que não incide sobre a preferência de satisfação, mas no que as pessoas são realmente capazes de fazer e de ser. Argumenta-se que esta abordagem é a mais fértil para tais propósitos, que tem boas respostas para os problemas que afligem as outras abordagens (NUSSBAUM, 1999, p. 233).

A resposta razoável a todas estas preocupações - capaz de dar uma boa orientação para o governo estabelecer princípios constitucionais básicos e agências internacionais de avaliação da qualidade de vida - é dada por uma versão da abordagem das capacidades - uma abordagem para avaliação da qualidade de vida pioneira dentro da economia por Amartya Sen, e até agora muito influente através dos Relatórios de Desenvolvimento Humano do PNUD. (NUSSBAUM, 1999, p. 233).

A abordagem das capacidades não visa buscar o quanto a mulher está satisfeita ou de quanto recurso ela necessita para administrar essa satisfação, mas a verificação da capacidade do que ela pode fazer e ser na sociedade, no trabalho ou na política. A satisfação não está no que ela faz, mas sobre o que ela faz. Nesse sentido, destaca Martha Nussbaum (1999, p. 233):

Tomando uma posição para fins políticos em uma lista de trabalho das funções que parecem ser de importância central na vida humana, os usuários desta abordagem podem perguntar: “A pessoa é capaz disso, ou não?”. Eles não pedem apenas sobre a satisfação da pessoa com o que ela faz, mas sobre o que ela faz, e o que ela está em condições de fazer (o que são suas oportunidades e liberdades). Eles não perguntam apenas sobre os recursos que estão presentes, mas sobre como os faz ou não ir para o trabalho, permitindo que a mulher possa trabalhar.

A ideia intuitiva por trás da abordagem é dupla: em primeiro lugar, que existem certas funções que são particularmente centrais na vida humana, no sentido de que a sua presença ou ausência é geralmente entendida como sendo um sinal da presença ou ausência de vida humana. Em segundo lugar que há algo que é para fazer essas funções de uma forma verdadeiramente humana, não uma forma meramente animal. Julgamos, com frequência suficiente, que a vida tem sido tão empobrecida, que não é digna da dignidade do ser humano, que é uma vida em que se continua a viver, mas mais ou menos como um animal, não sendo capazes de desenvolver e exercer nossos poderes humanos (NUSSBAUM, 1999, p. 234).

Os sentidos do ser humano se não forem cultivados por uma educação adequada, aliada a liberdade expressiva e associativa, liberdade de culto e de crença, terão o mesmo nível dos sentidos dos animais. “A ideia central é a do ser humano como um ser livre digno que molda a sua própria vida, em vez de ser passivamente em forma ou empurrado pelo mundo na forma de um rebanho ou manada animal” (NUSSBAUM, 1999, p. 234).

Qualquer ausência de capacidade (formas graves de incapacidades mentais e demência senil)¹ não traduz diminuição ou redução de um “ser humano”. Toda a pessoa é portadora de um valor e um fim onde nenhum indivíduo pode ser comparado a outro e a capacidade de uns não reduz a dignidade humana de outros “diferentes”. O ser humano deve ser tratado com dignidade e respeito e jamais como objeto. Cada indivíduo tem o direito de viver humanamente.

O pluralismo e a liberdade pessoal são preocupações legítimas para a diversidade, não são incompatíveis com o reconhecimento de normas interculturais, ao contrário, são necessárias na medida em que podem ser invocadas no intuito de proteger essa diversidade, tratando cada ser

¹ Demência é a perda ou redução progressiva das capacidades cognitivas, de forma parcial ou completa, permanente ou momentânea e esporádica, suficientemente importante a ponto de provocar “uma perda de autonomia do indivíduo.

humano como um agente, cujo objetivo é formar um conjunto de capacidades para o funcionamento plenamente humano, onde as capacidades visam proteger e não fechar ou esvaziar as esferas da liberdade humana (NUSSBAUM, 1999, p. 242).

Utilizado para avaliar a vida das mulheres que estão lutando pela igualdade nos diversos países, desenvolvidos e em desenvolvimento, o quadro de capacidades não se parece com uma importação estrangeira: se enquadra muito bem com as demandas que as mulheres já estão fazendo em muitos contextos políticos globais e nacionais. Portanto, pode parecer supérfluo colocar esses itens em uma lista: por que não apenas deixar que as mulheres decidam o que vai exigir, em cada caso? Para responder a essa pergunta, devemos salientar que nos debates sobre o desenvolvimento internacional já é usado uma linguagem normativa. Onde a abordagem das capacidades não tem pego - como tem nos Relatórios de Desenvolvimento Humano do PNUD - muito menos adequada linguagem teórica ainda prevalece, quer seja o idioma de preferência - satisfação ou a língua do crescimento econômico. Nós precisamos da abordagem das capacidades como uma alternativa humanamente rica com estas teorias inadequadas do desenvolvimento humano. (NUSSBAUM, 1999, p. 243).

Frank Lovett (2013, p. 60), em Uma Teoria da Justiça de John Rawls, destaca que:

A justiça como equidade requer que:
Primeiro, cada pessoa tem um direito igual a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com um esquema similar de liberdades para todos.
Segundo, as desigualdades sociais e econômicas devem ser organizadas de modo que ambas sejam (a) para o maior benefício dos menos privilegiados e (b) vinculadas a profissões e cargos abertos a todos, sob condições de justa igualdade de oportunidades.

O que falta para as mulheres, não é suporte para as funções humanas, mas o apoio que em certa medida é causada pelo fato de serem

mulheres. Mesmo assim, tem o potencial de se tornar capaz dessas funções humanas.

Há necessidade de uma justiça realmente justa, filosoficamente ligada e alinhada com a voz dos mais fracos, dos menos favorecidos, muitas vezes esquecidos pelas Leis que objetivamente desconsiderem as minorias (idosos, mulheres e crianças).

3. A CONSTRUÇÃO SOCIAL DE GÊNERO

Necessário se faz distinguir a diferença entre o que significa gênero e sexo. Sexo está relacionado com os aspectos biofisiológicos que dizem respeito às diferenças corporais da mulher e do homem. Outro aspecto importante, que pode nos ajudar a entender a diferença entre sexo e gênero, é que os animais também são machos ou fêmeas, mas não são homens nem mulheres, eles não têm gênero.

A construção social de gênero (*gender* em inglês) tem ligação direta, linguística e politicamente, com a teoria feminista (movimento sociológico dos anos 1970), como distinto de sexo, rejeitando-se, pois um determinismo biológico vigorante. O termo impôs a ideia de “construções culturais” ou “construções sociais”, como a identidade do sujeito, passível de alteração sempre que a sociedade se modifica. Sua perspectiva denota uma compreensão de identidade antropológica, dicotomia humana, relação homem/mulher, possuindo uma construção diferenciada da relação biológica, que se vislumbra a partir do sexo socialmente constituído, hierarquizado e subordinado (CARLIN, 2006, p. 38).

Com o desenvolvimento da compreensão sobre as diferenças corporais sexuais a sociedade cria ideias e valores sobre o que significa ser homem ou mulher, feminino ou masculino, estas são as chamadas “representações de gênero”. A questão de gênero está ligada à forma como

a sociedade “cria” os diferentes papéis sociais e comportamentos relacionados aos homens e às mulheres.

“Há séculos que condicionantes dos dois sexos sujeitam-se a papéis culturalmente diferentes. Constitucionalmente não é a igualdade de sexo que se procura, mas sim uma garantia concernente ao gênero”. (CARLIN, 2006, p.37).

Com base nesses padrões, as relações de gênero reproduzem regras de comportamentos naturais do que é próprio para o feminino e para o masculino, criando também condutas e modos de viver sua natureza sexual. “Isto significa dizer que a questão de gênero tem uma ligação direta com a forma como estão organizados na sociedade os valores, desejos e comportamentos acerca da sexualidade”. (QUESTÃO DE GÊNERO, 2016, p. 1).

Essa construção deriva da natureza cultural e histórica. A identidade de gênero começa na família, que transmite a forma como serão as condutas e os papéis desempenhados individualmente dentro do grupo social. A cultura, a tradição, os costumes, determina, portanto, a identidade de gênero, um conceito amplo, complexo e baseado no comportamento social.

Quando se fala em gênero não há que ser levado em conta apenas a diferença de sexos, mas a atribuição de papéis que refletiram na estrutura das instituições, nas práticas do dia a dia e em tudo que constitui as relações sociais.

O debate sobre este tema tem se concentrado em diversos movimentos que levantam as variadas possibilidades de interpretação sobre como a sociedade conduz e impõe as relações de gênero, seja como um debate em torno da relação e distribuição de poder, ou como a questão da participação no mercado de trabalho e vida política, estes discursos são encontrados nos movimentos feminista e de masculinidades. (QUESTÃO DE GÊNERO, 2016, p. 1).

Mesmo com várias ações e com a participação feminina na busca pela afirmação da igualdade e direitos das mulheres, reconhecidos como integrantes do rol dos direitos humanos universais, ainda há muito que se

fazer diante da visível discriminação e conceitos arraigados, os quais não são excluídos, ao contrário se reproduzem geração após geração no agir e no imaginário da sociedade contemporânea.

Por muito tempo as tarefas concernentes as lutas das mulheres concentrava-se no esforço para que elas obtivessem um tratamento melhor, mais justo. A concentração era mais sobre o bem-estar da mulher, que apesar de necessário precisa evoluir e ser ampliado para enfatizar o papel da condição de agente das mulheres. Nesse sentido Amartya Sen (2004, p. 246-247) destaca,

Não muito tempo atrás, as tarefas em que esses movimentos se empenhavam primordialmente envolviam o esforço para obter um tratamento melhor para as mulheres – um tratamento mais justo. A concentração era mais sobre o *bem-estar* da mulher – um corretivo muitíssimo necessário. Mas os objetivos, partindo desse enfoque “welfarista”, aos poucos evoluíram e se ampliaram para incorporar – e enfatizar – o papel ativo da *condição de agente* das mulheres. Ver os indivíduos como entidades que sentem e têm bem-estar é um reconhecimento importante, mas ficar só nisso implica uma concepção muito restrita da mulher como pessoa. Portanto, compreender o papel da *condição de agente* é essencial para reconhecer os indivíduos como pessoas responsáveis: nós não estamos apenas *sãos* ou *enfermos*, mas também *agimos* ou *nos recusamos a agir*, e podemos optar por agir de um modo e não de outro.

Apesar de algumas conquistas históricas, tais como o direito de votar, tomar anticoncepcionais, usar biquini, além da independência profissional, participação na política e da feminilização, que constitui um bloco consistente nos ambientes acadêmicos, as mulheres brasileiras ainda hoje continuam vítimas de seu próprio machismo, onde muitas não conseguem se ver fora da órbita do homem sendo deles dependentes de aprovações variadas bem como de seus desejos masculinos.

Ainda que se pregue a igualdade de gêneros, homens e mulheres ocupam posições diferentes no acesso e exercício do poder, o que certamen-

te diferencia seus valores e visões de mundo. A construção da identidade feminina restou retardada em função de sua exclusão do poder institucional. A história de submissão e dependência somada à ausência das mulheres nos espaços sociais tem efeitos perversos na conformação de uma percepção social da mulher como inadequada e incapaz para tais funções.

Ao longo do processo histórico de desenvolvimento como liberdade, as mulheres começaram a formar movimentos, caracterizados por desenvolver lutas sócio-políticas buscando promover essa igualdade de direitos entre homens e mulheres na sociedade civil.

É a presença maciça da mulher nas ações coletivas dos movimentos populares em todo o mundo e sua auto-identificação explícita como participantes de um todo que está transformando a conscientização das mulheres e seus papéis sociais, mesma na ausência de uma ideologia feminista articulada. (CASTELLS, 2008. p. 224).

Alguns dados sobre a realidade da condição social das mulheres ajudam a entender a necessidade dos movimentos e luta das mulheres pelos seus direitos.

O Relatório de Desenvolvimento Humano das Nações Unidas (2000) vem a confirmar a degradação das condições de vida das mulheres no cenário internacional.

- Os dados comprovam que 70% do total de pessoas que vivem em condições de miséria absoluta, são mulheres; do total de analfabetos, elas representam 2/3.
- A carga horária de trabalho diário é de, aproximadamente, 13% superior a do homem. Na zona rural sobe para 20%, embora represente mais de 50% da mão de obra no campo, recebe menos de 10% do crédito rural disponível.
- Em cada dez famílias brasileiras, três são chefiadas por mulheres, que vivem sozinhas com seus filhos (as), no entanto, seus salários são cerca de 25% menor do que os dos homens.

- Os dados na área da saúde também são alarmantes. O Brasil é um dos países latino-americanos de maior número de óbitos. Em cada 100.000 crianças nascidas, temos 200 óbitos maternos. Por ano, no Brasil, morrem cerca de 5.000 mulheres por complicações na gravidez, parto ou pós-parto.
- Segundo estatísticas levantadas pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a defesa dos Direitos da Mulher, em escala mundial, um (01) em cada cinco (05) dias de falta ao trabalho é decorrente de violência sofrida por mulheres em suas casas. A cada cinco (05) anos, a mulher perde um (01) ano de vida saudável, caso sofra violência doméstica. Na América Latina tal ocorrência incide sobre 25% a 50% das mulheres.
- No Brasil, a cada 4 minutos uma mulher é vítima de violência doméstica. Geralmente, o agressor é o próprio marido ou companheiro. (INSTITUTO EMPREENDER, 2016).

Para Castells (2008, p. 169-173), a ideia de incapacidade que insiste em perseguir as mulheres, não as fez esperar o final do milênio para manifestarem seus anseios e reivindicações, considerando que suas lutas, especialmente pela igualdade de oportunidades, sempre estiveram presentes em todas as etapas da experiência humana, assumindo diferentes formas, contudo sempre ausentes dos compêndios de história e dos registros em geral.

As relativizações produzidas pelo pós-modernismo levam a uma essencialização do que significa ser homem e ser mulher, dando uma noção de gênero que transcende os limites históricos e culturais, onde um novo grupo feminista se levanta para propor um novo sujeito feminino para formar sua própria identidade.

4 OS DIREITOS DAS MULHERES E OS DIREITOS HUMANOS

A dignidade humana é frequentemente violada em razão do sexo. Muitas mulheres em todo o mundo encontram-se tratadas de forma desigual no que diz respeito ao emprego, segurança física, integridade,

nutrição e cuidados de saúde básica, educação e voz política . Em muitos casos, essas dificuldades são causadas por sua condição de mulheres, e, na maioria das vezes as leis e as instituições se encarregam de construir ou perpetuar essas desigualdades.

Em todo o mundo, as mulheres estão resistindo a desigualdade e reivindicando o direito a serem tratadas com respeito. A objeção a esses direitos são uma estratégia política cujo intuito é desacreditar os agentes que estão pressionando e buscando/reivindicando estas mudanças com alegações ridículas e baseadas em outros motivos para desmarcar o verdadeiro interesse.

Por vezes percebemos objeções semelhantes, inclusive sem intenções mais profundas de discriminações, por parte de pensadores, historiadores e até de legisladores os quais ainda possuem enraizados certos padrões e culturas.

Martha Nusbaum(1999, p. 229) destaca três padrões ouvidos e que devem ser confrontados:

Em primeiro lugar, ouve-se o que é chamado aqui o argumento da cultura. Tradicionais culturas, prosseguem o argumento, que contêm suas próprias normas, de que a vida das mulheres deve ser: frequência normal da modéstia feminina, respeito, obediência e sacrifício.

Para a autora, as feministas não devem assumir sem argumentos de que aquelas não são normas boas, ideais, incapazes de construir vidas boas e florescentes para as mulheres. De contraste, as normas propostas pelo feministas parecem oponentes com desconfiança “Ocidental”, porque envolvem uma ênfase na escolha e oportunidade.

Uma resposta a este argumento vai emergir da proposta a ser feita aqui. Certamente não se opõe a escolha de qualquer mulher a liderar uma vida tradicional, enquanto ela faz isso com certas oportunidades econômicas e políticas firmemente no lugar. Mas devemos começar por sublinhar que a noção de tradição utilizado no argumento é muito simples.

As culturas são cenas de debate e contestação. Eles contêm as vozes dominantes, e eles também contêm as vozes de mulheres, que nem sempre têm sido ouvidas.

Seria implausível sugerir que os muitos grupos de trabalho para melhorar as condições de emprego das mulheres no setor informal, por exemplo, estão fazendo lavagem cerebral em mulheres em busca de oportunidades econômicas: claramente, eles fornecem meios para os fins almejados pelas mulheres, e num contexto de solidariedade feminina ela possa perseguir esse fim. Onde eles alteram preferências existentes, que normalmente fazem, dando às mulheres um sentido mais rico de ambas as suas próprias possibilidades e seu igual valor, de uma forma que mais parece uma auto-realização (como a heroína de Tagore afirma vividamente) do que, e como é a lavagem cerebral.

Outro argumento destacado pela autora é o da diversidade. Este argumento lembra-nos que o nosso mundo é rico em parte porque nem todos concordam com um único conjunto de práticas e normas. Achamos que, por existir no mundo diferentes línguas, isso denota valor e beleza, e que seria uma coisa ruim, diminuindo os recursos expressivos da vida humana em geral, se qualquer idioma deixasse de existir. Assim, também, as normas culturais têm sua própria beleza distintiva; o mundo corre o risco de se tornar pobre, mas também poderia se tornar mais homogêneo.

A autora destaca finalmente, o argumento do paternalismo. Este argumento diz que quando usamos um conjunto de normas inter-culturais como referência para o mundo das variadas sociedades, mostramos muito pouco respeito pela liberdade das pessoas como agentes (e, em uma forma relacionada, seu papel como cidadãos democráticos). As pessoas são os melhores juizes do que é bom para eles, e se dizemos que as suas próprias escolhas não são boas para eles, estaremos tratando-as como crianças.

Castells (2008, p. 229), acrescenta que “a força e a vitalidade dos movimentos feministas estão na sua diversidade, no seu poder de adaptar-se

às culturas e às idades”. Acrescenta que, “para podermos encontrar o núcleo da oposição fundamental e da transformação essencial compartilhado pelos vários movimentos, precisamos primeiro reconhecer essa diversidade”.

Martha Nussbaum, em seu artigo “Mulheres em Desenvolvimento” (1999, p. 239), destaca ainda, que as capacidades têm uma relação muito estreita com os direitos humanos, como entendido nas discussões internacionais contemporâneas. Abrangem o terreno coberto por ambos os chamados direitos de primeira geração (política e civil liberdades) e os chamados direitos de segunda geração (direitos econômicos e sociais). Ademais, a lista incorpora alguns direitos específicos para sexo (e cita como exemplo a área da integridade física), defendidos por feministas no movimento de direitos humanos, e acrescenta a luta dos instrumentos de direitos internacionais.

A autora acrescenta que o papel desempenhado pelas capacidades também é muito semelhante aos chamados direitos humanos: eles fornecem a base filosófica para princípios constitucionais básicos. Porque a linguagem dos direitos é bem estabelecida, o defensor de capacidades tem de mostrar o que é adicionado por esta nova língua.

A ideia de direitos humanos não é de cristal meio clara. Direitos têm sido compreendidos de várias formas diferentes, e difíceis questões teóricas são frequentemente obscurecidas pelo uso da linguagem de direitos, o que pode dar a ilusão de acordo em que há discordância filosófica profunda. As pessoas diferem sobre qual é a base de uma reivindicação de direitos: racionalidade, sensibilidade, e mera vida com seus diferentes defensores. Eles diferem, também, sobre se os direitos são pré-política ou artefatos de leis e instituições. (Kant realizou o último ponto de vista, embora o dominante, tradição dos direitos humanos o qual ocupou o primeiro). Eles diferem sobre se direitos pertencem apenas às pessoas individuais, ou também para grupos (NUSSBAUM, 1999, p. 239).

Para Ingo Sarlet(2006), os direitos do homem nada mais são do que direitos naturais ainda não positivados, concebidos como um ordena-

mento universal, superior e anterior ao direito positivo e fazem parte da própria natureza humana. Sustenta ele, que esses direitos representam uma pré-história dos direitos humanos e dos direitos fundamentais por precederem o direito positivo internacional e interno. No que concerne aos direitos humanos, o autor defende que surgem quando os direitos do homem são positivados no âmbito internacional.

Para Baez (2010, p. 16), embora tal afirmação mereça mérito o autor defende que tal assertiva não se sustenta, visto que o texto da lei não um fim em si mesmo, pois ele decorre de uma discussão anterior que culminou pela sua produção. [...] não é a positivação que dá vida ou inclui um bem jurídico no rol dos direitos humanos, mas o conjunto de valores éticos preexistentes, que estão relacionados à dignidade da pessoa humana independentemente de em quais de suas dimensões se encaixem.

Baez (2010, p. 17) destaca ainda que a Declaração de Direitos Humanos da organização das Nações Unidas, traz um rol exemplificativo e não taxativo de direitos humanos, afirma que não significa que só os direitos ali elencados é que podem ser considerados direitos humanos. Acrescenta o autor que, o que justifica e fornece vida a essa categoria de direitos não são as leis positivadas, mas a própria existência humana e suas características de racionalidade e autonomia. “O papel da lei, interna ou externamente, é o de declarar, proteger e efetivar esses direitos, os quais, por sua natureza, são anteriores e superiores aos ordenamentos jurídicos que os disciplinam”.

Norberto Bobbio(1992, p. 32-33), não concorda com esse tipo de conceituação e defende que a busca de qualquer fundamento absoluto é uma ilusão. Acrescenta ser vazio o significado dessa definição (“direitos humanos são os que cabem aos seres humanos enquanto seres humanos”), pois está desprovida de qualquer elemento que permita caracterizar tais direitos. Bobbio, critica ainda, conceituações formais tais como: (“os direitos humanos são os direitos que pertencem aos seres humanos e dos quais nenhum ser hu-

mano pode ser privado”), por entender que se limita a apresentar um estatuto desejado ou proposto ao invés de apontar o real significado de seu conteúdo.

Uma série de tratados internacionais dos direitos humanos e outros instrumentos surgiram a partir de 1945, conferindo uma forma legal aos direitos humanos, dentre os quais podemos destacar o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;
Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem;[...]
(Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016)

Os direitos humanos são mais do que simples direitos, são garantias fundamentais que devem obrigatoriamente ser cumpridas para que o ser humano tenha segurança e dignidade. O que realmente importa não é o seu conceito, sua característica, sua fonte, mas a sua não violação.

5. A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE CULTURAL E SOCIAL DAS MULHERES

A incorporação das mulheres no mercado de trabalho remunerado aumentou seu poder de barganha, tornando-a provedora do sustento da família, ou pelo menos, com parcela importante na participação do poder aquisitivo da família, abalando a legitimidade de dominação do homem como provedor do sustento familiar.

Castells (2008, p. 170), em sua obra escrita em 1942, admitiu que fora apenas nos últimos 25 anos é que pudera ser observada uma insur-

reição maciça e global das mulheres contra sua opressão, embora com intensidades divergentes a depender do país e da cultura onde se encontravam. Acrescenta o autor, que tais movimentos causaram impactos profundos nas instituições da sociedade, mas principalmente na conscientização das mulheres. Nos países industrializados, a maioria das mulheres considera-se igual ao homem, com direito às mesmas prerrogativas e de controlar seus corpos e vidas. Destaca o autor que “essa é a mais importante das revoluções, porque remete às raízes da sociedade e ao âmago do nosso ser”.

O poder aquisitivo, tendo em vista a participação no mercado de trabalho, a participação nas políticas públicas e nas áreas sociais, aliados aos movimentos sociais de lutas contra a discriminação das mulheres, contribuíram pela sua libertação do patriarcalismo e de várias outras formas de opressão e submissão mantidas até então pelos homens.

As diversas variáveis identificadas na literatura desempenham, portanto, um papel unificado de dar poder às mulheres. Esse papel tem de ser relacionado ao reconhecimento de que o poder feminino – independência econômica e emancipação social – pode ter grande projeção sobre as forças e os princípios organizadores que governam as divisões dentro da família e na sociedade e pode, em particular, influenciar o que é implicitamente aceito como “intitamentos” das mulheres. (SEN, 2004, p. 249)

Confiantes em seus poderes e na busca pela libertação, o modelo familiar baseado na autoridade, dominação, exploração, recalque contínuo exercida pelo homem, começa a perder força, dando espaço a formação de novas formas de famílias.

A influência de um poder maior e da condição de agente independente das mulheres inclui a correção das iniquidades que arruinam a vida e o bem-estar das mulheres em comparação com a situação dos homens. As vidas que as mulheres salvam por meio de um condição de agente mais poderosa certamente incluem as suas próprias. (SEN, 2004, p. 251)

A transformação da personalidade das mulheres em nossa sociedade, “resultante dessa transformação da estrutura familiar e das normas sexuais, uma vez que as famílias constituem o mecanismo básico de socialização e a sexualidade tem a ver com a personalidade”(Castells, 2008, p. 173), contribuíram para que as mulheres formassem sua própria identidade bem como suas identidades sociais e uma nova leva de identidades culturais.

Para Castells (2008, p. 22), entende-se por identidade a fonte de significado e experiência de um povo. O autor cita ainda em sua obra, que nas palavras de Calhoun:

Não temos conhecimento de um povo que não tenha nomes, idiomas ou culturas em que alguma forma de distinção entre o eu e o outro, nós e eles, não seja estabelecida.... O autoconhecimento – invariavelmente uma construção, não importa o quanto possa parecer uma descoberta – nunca está totalmente dissociado da necessidade de ser conhecido, de modos específicos, pelos outros. (p. 22).

Para Häberle (2013, p. 77), conceitos psicológicos de identidade enxergam o problema principal da identidade humana na mediação entre suas necessidades e às dos outros. Já o conceito sociológico de identidade vê a particularidade da personalidade individual na única escolha de papéis que tendo em vista as alternativas disponíveis, não correspondem às particularidades de cada um. “A sociologia do conhecimento vê a identidade do indivíduo como resultado da mediação de um determinado recorte da realidade social no âmbito do processo de socialização primário.”

Do ponto de vista sociológico, qualquer identidade é construída. A construção social da identidade sempre ocorre em um contexto marcado por relações de poder, ainda que, por formas e origens distintas tenham sido construídas. “Quem constrói a identidade coletiva, e para quem essa identidade é construída, são em grande medida os determinantes de seu conteúdo simbólico dessa identidade, bem como de seu significado para aqueles que com ela se identificam ou dela se excluem” (CASTELLS, 2008, p. 23-24).

Consideremos o significado de identidade: é aquilo que nós somos de onde nós provimos. Assim definido, é o ambiente no qual os nossos gostos, desejos, opiniões e aspirações fazem sentido. Se algumas das coisas a que eu dou mais valor estão ao meu alcance apenas por causa da pessoa que eu amo, então ela passa a fazer parte da minha identidade (TAYLOR, 1994, p. 54).

Por outro lado, diferenciar significa estabelecer variações que não são determinantes a um objeto como indivíduo, mas que determinam uma mínima lógica que pressupõe um preparo de informações, como racionalização primeira e originária da natureza. Por isso, torna-se difícil, muitas vezes, situar quem é quem no jogo das diferenças, nas relações desiguais de poder, de quem se posiciona na condição de dominante ou de dominado, uma vez que em todos os grupos culturais existem os discriminados e os discriminadores. (<http://periodicos.unesc.net/amicus/article/viewFile/1301/1238> - Revista Jurídica Amicus Curriae) (p. 3).

Quando se fala em luta de minorias étnicas pelo reconhecimento de sua identidade coletiva, como movimentos de emancipação, há necessidade de verificar se a relação entre os interesses modifica o papel das relações entre gêneros e o papel do homem na sociedade. Segundo Habermas, “movimentos de emancipação em sociedades multiculturais não constituem um fenômeno unitário” (HABERMAS, 2007, p. 247).

Como conclusão provisória, parece então que a globalização tem, *sim*, o efeito de contestar e deslocar as identidades centradas e “fechadas” de uma cultura nacional. Ela tem um efeito pluralizante sobre as identidades, produzindo uma variedade de possibilidades e novas posições de identificação, e tornando as identidades mais posicionais, mais políticas, mais plurais e diversas; menos fixas, unificadas ou trans-históricas. (HALL, 2005, p. 87)

Há uma revolução sexual em processo de formação desejada pelos movimentos sociais das décadas de 60 e 70, início marcante da revolução sexual atual. “Essa revolução se caracterizou pela desvinculação do *casamento, da família da heterossexualidade e da expressão sexual*”, (Castells,

2008, p. 271) somadas às conquistas no mercado de trabalho gerando assim maior autonomia das mulheres.

Do ponto de vista sociológico toda e qualquer identidade é construída, e em linhas gerais quem constrói a identidade coletiva e determina sua finalidade, são os conteúdos dessa identidade e seu significado para aqueles que com ela se identificam.

Com o auxílio dos meios de comunicação na era da pós-modernidade em que vivemos as mulheres cada vez mais estão buscando seus direitos, denunciando a discriminação e formando sua própria identidade. Na era da globalização, face o avanço da tecnologia, as pessoas tem mais facilidade de interação e a aproximação aos seus.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apontar a necessidade de reconhecimento das diferenças de identidade no cenário brasileiro e trabalhar com fatos e acontecimentos que consideram o período histórico, foi o desafio deste trabalho; também se abordou a luta contra os preconceitos com as situações socioeconômicas em que a mulher sofre e luta para ter seus direitos reconhecidos. A necessidade de efetivação de direitos torna-se primordial nesse aspecto, em que o direito à igualdade se faz primordial em uma sociedade democrática.

Menciona-se que muitos fatores vêm contribuindo para que o reconhecimento de culturas seja cada vez mais trabalhado de maneira intensa no mundo. Com isso, diferenças e desigualdades de gênero deixam de serem fraturas a serem superadas. A unificação globalizada dos mercados não se perturba mediante a existência de diferentes e desiguais, o que é mais uma prova de que o multiculturalismo tem tomado proporções no sentido de melhorar as relações entre as pessoas e busca dirimir os conflitos.

A sociedade, antes concebida em termos de estratos e níveis, ou distinguindo-se segundo identidades étnicas, culturais ou nacionais, agora

é pensada como uma sociedade de rede, na qual as culturas são exploradas e cuidadosamente redescobertas.

De maneira geral, pode-se dizer que no Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e das legislações que a seguiram, a luta em prol dos movimentos sociais das mulheres tem obtido avanços significativos. O sistema internacional de Direitos Humanos teve sua grande contribuição, agregando organizações de sociedade civil contra as desigualdades, as diferenças e a discriminação das mulheres.

O caminho em busca da igualdade de direitos e da redução da discriminação e das desigualdades segue em frente, sendo necessário trilhá-lo com esperança para alcançar um mundo mais justo onde todos sejam considerados iguais em direitos.

Aos intérpretes e estudiosos do direito, assim como aos legisladores, cabe uma construção racional para assegurar o tratamento com isonomia, às pessoas do gênero feminino, auxiliá-las nas suas formações sociais e culturais, adequando-os aos casos concretos.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHETTO, Aline. *Direitos das minorias: proteção e reconhecimento*. Revista Amicus Curiae. 2013. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/amicus/article/viewFile/1301/1238> - Revista Amicus Curiae>. Acesso em: 19 jul. 2016.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. *Dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Modelo, 2010.

BLUME, Bruno. *Tudo sobre a Lei Maria da Penha*. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Disponível em: <<http://www.politize.com.br/tudo-sobre-a-lei-maria-da-penha/>>. Acesso em 20 jul. 2016

BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 10. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/porta1web/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

CARLIN, Volnei Ivo. *A face feminina do direito e da justiça*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Trad. Klaus Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, v. 2, 1999.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga*. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In: HÄBERLE, Peter (Org. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

HALL, Stuart. *A identidade cultural da pós-modernidade*. 10. Ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

INSTITUTO EMPREENDER. Universidade da Juventude. Info Jovem. *Questão de gênero*. Disponível em: <<http://www.infojovem.org.br/infopedia/descubra-e-aprenda/diversidade/questao-de-genero/>> Acesso em: 17 jul. 2016.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da Justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Trad. Susana de Castro. Ver. Malu Rangel. São Paulo: wmfmartinsfontes, 2013.

NUSSBAUM, Martha (1999). *Mulheres e Igualdade: A abordagem das capacidades*. *Revisão Internacional do Trabalho* 138 (3), 227-246. Texto original: *Women and Equality: The Capabilities Approach*. *International Labour Review* 138(3), 227-246

PIOVESAN, F. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves. 2ª Ed. Martins Fontes, 2002.

_____. *O Liberalismo Político*, 2 ed. São Paulo: Ática, 2000.

_____. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARLET, Ingo. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo. (Org. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. 6ª ed. São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

_____. *Desigualdade reexaminada*. Trad. Ricardo Doninelli Mendes; Rio de Janeiro. São Paulo: Record, 2001.

STEARNS, Peter N. *História da sexualidade*. Trad. Renato Marques. São Paulo: Contexto, 2010.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 1994.

A IDEIA DA ACEITABILIDADE COMO PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL NA PERSPECTIVA DE MARTHA C. NUSSBAUM: UMA CRÍTICA À VANTAGEM MÚTUA DE JOHN RAWLS

Barbara Moesch Welter*

1 INTRODUÇÃO

As relações humanas não podem estar afetas às contingências do acaso. Para a proteção e a promoção da justiça social como equidade é urgente o enfrentamento da crítica em relação às desigualdades sociais. Apenas e tão somente sociedades que garantam capacidades para todos os seus cidadãos podem ser consideradas sociedades que asseguram a justiça. Neste sentido, as expectativas daqueles que têm as mesmas aspirações não devem ser limitadas pela classe social a que pertencem.

Este trabalho tem por escopo o diálogo entre a ideia da aceitabilidade em Martha Nussbaum e a vantagem mútua de John Rawls. O enfrentamento teórico enriquece a reflexão sobre a sociabilidade e permite um olhar mais disciplinado sobre a pluralidade dos grupos de indivíduos. A obrigação pela satisfação de direitos está assentada em uma enorme variedade de necessidades de uns indivíduos frente a outros. Essa dinâmica da manifestação da pluralidade é benéfica mas exige uma releitura sobre os direitos de inclusão.

Para o enfrentamento das tão recorrentes agressões sociais, é preciso ter em conta que enquanto alguns grupos precisam ser cuidados, outros são detentores de recursos em algum grau de disposição aptos a viabilizarem a promoção da justiça social. Os indivíduos precisam ser capacitados a terem um senso de justiça de modo a estabelecerem benefícios

* Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC - Chapecó-SC. Artigo apresentado como componente avaliativo da disciplina “Filosofia Intercultural e Teoria Crítica dos Direitos Fundamentais”.

para todos. Assim, o bem-estar da coletividade está condicionado a um sistema de cooperação previamente acordado.

Entretanto, o apoio mútuo fica comprometido se o cumprimento do dever de civilidade ceder espaço para o que Rawls define como princípio da igualdade equitativa de oportunidades. Parece residir nessa seara a questão essencial da justiça: o poder de convencimento de uns sobre outros na adoção de determinada atitude na persecução da aceitabilidade em contraponto com a vantagem mútua. É preciso urgentemente extirpar a invisibilidade de determinados grupos sociais.

Nas próximas páginas, o leitor será convidado a desabrigar-se da ideia (liberal) da vantagem mútua para em algum nível mínimo apurar a sensibilidade e detectar áreas de mal-estar social que reclamam um novo roteiro. O caminho para a promoção da justiça social como equidade é a atitude orientada à ideia da aceitabilidade de Martha Nussbaum, pois uma sociedade justa deve garantir capacidades para todos os seus grupos de indivíduos.

2 A IDEIA DA ACEITABILIDADE COMO GARANTIA DA JUSTIÇA SOCIAL NA PERSPECTIVA DE MARTHA C. NUSSBAUM

Toda sociedade é afeta, em maior ou menor grau, a princípios e normas que pretendem, em seu núcleo essencial, a realização da justiça, pelo simples fato de se tratar de pessoas humanas e sociáveis. Ocorre que entre os membros de uma mesma sociedade, existem poderes e recursos que são muito desiguais. É correto afirmar que, entre grupos de homens de diferentes sociedades, as chances dessas desigualdades serem ainda mais evidentes são facilmente observáveis.

Esses grupos de homens podem ser nomeados como a diferença de crianças, adultos e idosos, por exemplo. Ou ainda, podem ser identificados como aqueles habitantes de uma nação em relação a outros de território geograficamente diverso daqueles. Ainda outros grupos reco-

nhedidamente diversos podem ser aqueles que possuem capacidades físicas e mentais consideradas normais contra aqueles portadores de impedimentos mentais. Neste imenso rol, podem ser acrescentados, ainda, aqueles bastante desiguais a outros em sua contribuição produtiva ou em suas crenças religiosas.

Questões básicas para a justiça social não aceitam mais desculpas para o não enfrentamento da crítica em relação às desigualdades globais. As diferenças entre as pessoas (indivíduos, habitantes, povos, cidadãos, “não-cidadãos”) exigem a revisitação à promoção egoística da autofelicidade e do autointeresse.

Como advoga Nussbaum (2013, p. 84),

tenho usado a base filosófica para a explicação das bases humanas centrais que devem ser respeitadas e implementadas pelos governos de todas as nações, como o mínimo que o respeito da dignidade humana requer. Argumento que a melhor abordagem dessa ideia de um mínimo social básico é fornecida por uma explicação que se concentre nas capacidades humanas, isto é, que as pessoas são de fato capazes de fazer ser, instruídas, pela ideia intuitiva de uma vida apropriada à dignidade do ser humano.

Para a efetivação da justiça social, é imperioso que a sociedade, em algum nível mínimo (ao menos), garanta capacidades para todos os seus cidadãos. Isso inclui a disponibilização de recursos dos mais variados possíveis para também as mais variadas formas de habilidades desses indivíduos. Nussbaum (2013, p. 90-91) sustenta que “uma sociedade que não garanta capacidades para todos os seus cidadãos em algum nível mínimo apropriado não chega a ser plenamente justa.”

Independentemente do grupo a que o ser humano esteja inserido (criança, adulto, idoso, portador de necessidades especiais, cidadãos das mais variadas nações, com ou sem contribuição produtiva, inserido ou não a uma tradição religiosa), a abordagem sobre direitos humanos deve se pautar na relevância central da justiça social. É através do estímulo à

proteção do pluralismo e à qualidade de vida das pessoas que se realiza o combate às tão recorrentes agressões sociais.

A justiça social tem sentido na vivência entre os seres humanos. Os homens querem viver juntos e querem juntos, fundamentalmente, viver bem. Esse bem viver inclui viver de acordo com a justiça (NUSSBAUM, 2013, p. 104). A dinâmica da manifestação da pluralidade é benéfica, pois o ser humano se realiza na sua interação com o outro na sua mais variada forma de expressão. Um enfermo em absoluta letargia também é um ser que se desvela e, conseqüentemente, é um ser que necessita ter todos seus direitos assegurados. O exemplo da enfermidade permite de maneira mais concreta a observação de que o requisito central da justiça social é a efetividade de todos os direitos, independentemente de uma contrapartida compulsória.

Diante do atributo essencial da justiça social, observa-se que a pluralidade das pessoas é coerente a desigualdades humanas. Há uma enorme diversidade em relação à necessidade de recursos e cuidados na vida cotidiana em sociedade. A assimetria é essencial para a justiça, bem como a ideia de sociabilidade. Existe uma relação de dependência entre os homens que conduz a sentimentos de benevolência e obriga à satisfação de direitos. A compaixão do ser humano é parte de seu próprio bem, ou seja, há uma inclinação solidária pelo simples fato de que naquele específico momento ele se encontra em uma posição que lhe permite agir enquanto outros tantos não possuem o mesmo status assim pujante, como o caso do enfermo em absoluta letargia.

A cooperação social é benéfica para todos porque cada pessoa é detentora de recursos em algum grau de disposição, enquanto outros grupos necessitam serem cuidados. Conclui-se, assim, que as necessidades de recursos e cuidados precisam ser convertidas em habilidades. Os homens não podem viver sem fins compartilhados e sem uma vida em sociedade. É na diversidade e na desigualdade que se realiza plenamente a justiça social.

A análise das capacidades pretende averiguar de que forma realmente as pessoas estão desenvolvendo as suas habilidades. O desenvolvimento pleno das capacidades exige o entendimento da lógica no investimento de quantidades desiguais no gasto de dinheiro público em favor dos menos favorecidos, ou, ainda, na criação de programas especiais para apoiar a transição do indivíduo para o desenvolvimento pleno de sua capacidade (NUSSBAUM, 2001, p. 99)¹. Essa é, portanto, a dinâmica sugerida por Martha para a promoção plena da justiça social: aceitabilidade da pluralidade e da desigualdade e, conseqüentemente, o pleno desenvolvimento das capacidades dos indivíduos através de investimento público social.

A partir das reivindicações advindas da luta global pelos direitos humanos, as pessoas têm justificado certos tipos de tratamento, independentemente da realidade político-social enfrentada pelo seu país. Martha tem considerado que a base de fundamentação utilizada por essas pessoas, pautada nos direitos naturais, repousa em um plano que a pesquisadora denomina de “*a rudimentary level*”, em razão da justificativa ser deveras misteriosa².

As conclusões normativas do direito positivo, mapeadas a partir das capacidades básicas dos indivíduos, permite uma (re)leitura sobre os direitos de inclusão, a partir do parâmetro da pluralidade social e dos mais variados níveis de recursos que as pessoas possuem. Todos os seres humanos têm o direito de receber tratamento digno. Portanto, afirmar que os seres humanos possuem dignidade é dizer que eles devem ser tratados com respeito. Se a premissa for conceituada em termos negativos, a rela-

¹ A *capabilities analysis*, by contrast, looks at how people are actually enabled to live. Analyzing economic and material rights in terms of capabilities thus enables us to set forth clearly a rationale we have for spending unequal amounts of money on the disadvantaged, or creating special programs to assist their transition to full capability (p. 99).

² I have suggested that this role of rights language lies very close to the ethical role of what I have called “*basic capabilities*,” in the sense that the justification for saying that people have such natural rights usually proceeds by pointing to some capability-like feature of persons (rationality, language) that they actually have on at least a rudimentary level. And I actually think that without such a justification, the appeal to rights is quite mysterious (p. 120).

ção mais apropriada é aquela que declara que tratar alguém com respeito é não permitir que essa pessoa se sinta insignificante, em outros termos: é aceitar e valorizar o outro como ele é, o que ele pensa, o que lhe interessa.

A aceitabilidade é requisito básico para a efetividade da justiça social. É através da aceitação das desigualdades de poderes e de recursos que se realiza a cooperação social e se criam oportunidades de desenvolvimento pessoal pleno. A justiça está, desse modo, diretamente associada às oportunidades de pleno desenvolvimento das capacidades.

3 A IDEIA DA VANTAGEM MÚTUA EM JOHN RAWLS

A problemática envolvendo a justiça social é um tema recorrente para muitos jus-filósofos, como o é comumente para John Rawls. As instituições sócio-políticas são as responsáveis pela viabilização das liberdades da cidadania de forma digna o que permite, portanto, afirmar que a promoção da justiça seja facilitada por via das instituições sociais. A justiça não permite negociação política na garantia de direitos.

A ideia da vantagem mútua de John Rawls, no seu tratado *Liberalismo Político*, consagra a máxima de que “as inclinações dos seres humanos para o interesse próprio tornam necessária a vigilância mútua” (2008, p. 06). Para que o esquema de cooperação social funcione e suas normas básicas sejam cumpridas, é necessário que as concepções de justiça especifiquem os direitos e deveres fundamentais dos indivíduos. O objetivo é o de que as atividades de uns sejam compatíveis com as atividades de outros, de modo a colaborar com a divisão de vantagens.

Examina o autor (2008, p. 10-12):

“[...] Presume-se que todos ajam de forma justa e façam sua parte na sustentação das instituições justas [...] A concepção de justiça social oferece um padrão para avaliar os aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade. Um ideal social está ligado a uma concepção de sociedade, uma visão sobre como se devem entender os objetivos e os propósitos

da cooperação social. O conceito de justiça é definido pelo papel de seus princípios na atribuição de direitos e deveres e na definição da divisão apropriada das vantagens sociais.

Os princípios norteadores da cooperação social visam à divisão dos benefícios sociais. A atribuição dos direitos e deveres fundamentais reside na ideia de que antecipadamente ninguém é conhecedor de sua própria sorte na distribuição dos recursos e das suas habilidades naturais. Se ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua força e sua inteligência, então ninguém favorece ou pretere alguém pela contingência do acaso.

Para o autor, a promoção da justiça como equidade é decorrente de um desinteresse mútuo, onde o bem-estar da coletividade está condicionado a um sistema de cooperação previamente acordado. As pessoas optariam pela “igualdade na distribuição dos direitos e desigualdades para realizar vantagens para todos.” (2008, p. 18). Essa engrenagem é possível pela adoção de um sistema que não privilegia qualquer que seja o indivíduo e, conseqüentemente, também não ignora aquele que se encontre em situação menos favorável.

Rawls foi muito sagaz e preciso em *Uma Teoria da Justiça*. Apesar de sua teoria da justiça ser denominada, inclusive por ele mesmo, uma teoria contratualista, ela é apenas parte da teoria racional. Conforme o estudioso (2008, p. 21), “precisamos verificar quais princípios seria racional adotar, dada a situação contratual. Isso vincula a teoria da justiça à teoria da escolha racional”. Naturalmente, quando se sabe sob quais procedimentos o problema deva ser resolvido e quais os aspectos que precisamente exigem uma devida atenção, a tendência é percorrer o problema por uma decisão racional.

Porém, o autor sugere que uma relação de cooperação social cuja finalidade é a justiça como equidade, através de concepções individuais sobre a ideia de bem, não tenha influência sobre os princípios adotados. Isso não significa que os seres humanos não sejam criaturas providas

de concepções do próprio bem. Pelo contrário, além de conservarem a ideia de igualdade entre os homens, eles ainda estão capacitados a ter senso de justiça. Dessa maneira, na obra do teórico encontra-se a seguinte declaração (2008, p. 23): “todos têm os mesmos direitos no processo da escolha dos princípios, todos podem fazer propostas, apresentar razões para sua aceitação.”

Para a promoção da justiça social como equidade, as atribuições de direitos e deveres são reguladas de modo que se estabeleçam benefícios para todos, onde (primeiro) cada pessoa deve ter um direito igual em um sistema similar de liberdades e, ainda, (segundo) cada pessoa esteja vinculada a cargos e posições acessíveis a todos apesar do uso diferente de responsabilidades (RAWLS, 2008, p. 73-74).

A ideia da promoção da justiça social como equidade não impõe restrições aos tipos de desigualdades permitidas, porém ela “exige que a situação de todos melhore.” (2008, p. 76). Assim, no sistema social idealizado pelo estudioso, os seres humanos encontram-se em uma situação que não lhes permite realizar uma determinada escolha pautada na expectativa prévia de bem-estar, riqueza e renda na distribuição de direitos e deveres. Uma vez definida a norma da estrutura básica da disposição desses direitos e deveres, a sua redefinição é, obrigatoriamente, impraticável.

Entretanto, a idealização da promoção da justiça social para John Rawls é afeta a uma concepção pautada na tradição liberal democrática. Para ele, o ideal de cidadãos governando a si mesmos é fruto da união do dever de civilidade com os grandes valores políticos legítimos (RAWLS, 2000, p. 265-267). A expectativa de bem-estar, riqueza, renda, responsabilidade, por exemplo, implica a disposição de se fazer ajustes para conciliar os próprios pontos de vistas com os de outros.

A concepção política de justiça de caráter liberal, endossada pelo estudioso, privilegia medidas que garantam a todos os meios adequados para tornar efetivo o uso de suas liberdades e oportunidades básicas. Os

valores políticos da justiça social dispõem sobre a igualdade de oportunidade, reciprocidade econômica e liberdade política e civil. A legitimidade política está fundamentada em elementos constitucionais essenciais e à justiça básica, as quais devem repousar em verdades claras e acessíveis aos cidadãos.

A promoção da justiça social como equidade para Rawls têm alicerces no compartilhamento do poder político entre os cidadãos, através de sua condição de livres e iguais, características de regimes políticos livres. Assim, conforme assevera (2000, p. 276), “cada um de nós deve ter e deve estar preparado para explicar um critério acerca de que princípio e diretrizes pensamos que se pode razoavelmente esperar que os outros cidadãos subscrevam junto conosco.”

Para a promoção da justiça social como equidade, os elementos constitucionais essenciais devem abarcar as necessidades mínimas dos cidadãos de modo a estabelecerem oportunidade equitativa a cidadãos livres e iguais. O acordo estável sobre os elementos constitucionais não parece considerar a realidade sobre as desigualdades, ou melhor, sobre qual procedimento político adotar na ocorrência de elementos que desestabilizam a congruência do princípio da oportunidade equitativa.

Rawls admite que existem muitas formas de caracterizar valores políticos. A pluralidade de doutrinas políticas deve gerar um equilíbrio de forma a estender a justiça. Para o autor (2000, p. 294), “viver politicamente com os outros à luz de razões que é razoável esperar que todos possam aceitar”. Portanto, elementos constitucionais essenciais transcendem ao status do mundo natural, relacionando-se a uma questão básica de justiça, ou seja, aquela vinculada ao poder de convencimento de uns cidadãos sobre outros pela adoção de determinada atitude, em atenção a uma certa margem de segurança.

O cumprimento do dever de civilidade está condicionado ao respeito dos valores políticos adotados. Parece que possa, portanto, existir

um conflito sério no princípio da igualdade equitativa de oportunidades e o dever de civilidade. É através do cumprimento do dever de civilidade, por exemplo, precedido de escolha de valores políticos, a decisão política possa ser endereçada a situações sociais não tão inclusivas. Rawls alerta que em uma sociedade em que os elementos constitucionais essenciais não sejam respeitados, os cidadãos não se apoiam mutuamente.

Todavia, a situação inversa também é evidente: quanto maior o respeito aos elementos constitucionais essenciais exponencialmente maior também será o “clima no qual seus cidadãos adquirem um senso de justiça que os inclina a cumprir seu dever de civilidade, e sem gerar fortes interesses em contrário.” (RAWLS, 2000, p. 303). Todas essas considerações acabam, por fim, refletindo uma certa dificuldade em definir uma concepção política ideal de modo satisfatório. A observação é plausível se se considerar, por exemplo que é em períodos não tão favoráveis haja prevalência de uma visão mais inclusiva.

A coesão com o dever de civilidade reclama o equilíbrio de valores públicos considerados num caso específico, com vistas à preservação do vínculo de amizade cívica. Assim, conforme destaca Rawls (2000, p. 304-305), aquilo que “consideramos ser razoável num caso específico seja um equilíbrio que julgamos sinceramente que os demais também considerem razoável”. Isso implica, por exemplo, que a situação de um indivíduo seja melhorada sem que a situação de outros piorem.

Para a promoção da justiça como equidade, a disposição dos direitos e deveres na estrutura básica é eficiente se for impossível alterar as normas para redefinir o sistema de direitos e deveres. Não há como alterar essa distribuição para elevar as perspectivas de alguém sem reduzir as perspectivas de outro e nem há motivo para se preocupar com a distribuição (RAWLS, 2008, p. 84-85).

A ideia de que todos tenham oportunidades equitativas para alcançar renda, riqueza e posições privilegiadas, no sistema liberal de liberdade natural, idealizada por Rawls, é o resultado de talentos e capacidades

naturais. De acordo com o estudioso (2008, p. 88), “em todos os setores da sociedade deve haver perspectiva iguais de cultura e realizações para todos os que têm motivação e talentos semelhantes. As expectativas dos que têm as mesmas capacidades e aspirações não devem sofrer influência da classe social a que pertencem”.

A influência do acaso natural e das contingências sociais exige a revisitação dos conceitos adotados por Rawls, no sentido de reposicionar suas orientações para o enfrentamento das oportunidades à aquisição de cultura e qualificações para melhores renda, riquezas e posições sociais e maiores responsabilidades. O desafio parece se enveredar na promoção dos setores mais pobres da sociedade, onde a dinâmica da vantagem mútua não parecer assim tão promissora e vantajosa quanto pareceria se percorrida com uma crítica que não considerasse tão somente a limitação ofertada pelo acaso natural de liberdade vilipendiada.

3 A ESCOLHA PELA ACEITABILIDADE DE MARTHA C. NUSSBAUM E O RECHAÇAMENTO DA VANTAGEM MÚTUA DE JOHN RAWLS

A promoção da justiça social como equidade não pode estar vinculada na vantagem mútua. A ideia de Rawls do escambo de benefícios de uns para com outros não considera seres humanos em total desvantagem, cujas capacidades não justificam acordos mutuamente vantajosos. Pontualmente definiu Nussbaum (2013, p. 108): “muitas vezes os acordos que precisamos fazer para dar justiça não poderão ser justificáveis como mutuamente vantajosos.”

A tradição do contrato social, corroborada na teoria de Rawls, se socorre no resultado de talentos e capacidades naturais como alicerce de oportunidades no alcance de posições sociais mais privilegiadas. Essa máxima também é ratificada pelo ideal liberal: as atividades de uns são compatíveis com as dos demais, com o fundamento de colaboração com a divisão de vantagens. Como bem preconiza o autor, a justiça social reali-

za-se pelas instituições sociais e ela mesma “tem certa prioridade por ser a mais importante virtude das instituições” (2000, p. 07).

A despeito do estudioso enfatizar que em todos os setores da sociedade deve haver perspectivas e realizações iguais, na vida cotidiana, essa máxima encontra-se relegada a uma ideia próxima à utopia. Em *Uma Teoria da Justiça*, o autor se rende a uma análise mais concreta sobre a ascensão social, afirmando que “na prática é impossível garantir oportunidades iguais de realização e cultura para os que têm aptidões semelhantes. O fato de que a concepção liberal fracassa nesse ponto nos incentiva a procurar outra interpretação.” (p. 2008, p. 89).

Se o teórico considera que mesmo entre aqueles que se encontram em idêntica situação de vantagem (ou até poderia se considerar aqui também as mesmas situações de desvantagem) não lhes seriam garantidas oportunidades iguais, o que esperar de grupos de indivíduos que se encontram em absoluta situação de desvantagem social? Parece salutar pontuar que em sua concepção política, o autor se agrega a uma ideia de sistema unificado de cooperação social. Rawls engendra seu trabalho sempre na perspectiva de ideias políticas fundamentais, talvez não necessariamente realizáveis.

O pensador afirma, ainda, em sua obra *Liberalismo Político*, que “os objetivos dos princípios que abarcam as desigualdades sociais econômicas é algo muito difícil de se verificar.” (2000, p. 279). Daí decorre que sua escolha tenha se enveredado pelos princípios que abarcam as liberdades fundamentais e não as desigualdades sociais. Nessa perspectiva, é muito pouco provável que grupos de indivíduos detentores de capacidades irremediavelmente intransponíveis, tenham sua condição amenizada ou transformada, quando essa mudança esteja sujeita a temperanças alheias as suas vontades.

Martha Nussbaum, porém, oferece um outro olhar frente a grupos de indivíduos desprovidos de condições sociais aptas ao escambo da

vantagem mútua. A autora brinda seus leitores com a ideia da aceitabilidade das desgraças alheias como antídoto às próprias vulnerabilidades e dependências. Segundo ela, é preciso estar disposto a enxergar o outro como se fosse o observador e não o observado. Esse sentimento muito dificilmente se manifesta se não se fizer o exercício de ocupação do espaço alheio: somente no espaço ocupado pelo outro que podem ser verificadas quais as suas reais potencialidades e necessidades e seus limitadores.

Os cidadãos precisam ser motivados a respeitar uma perspectiva mais ampla do que aquelas pautadas nas circunstâncias que o presente lhes impõem e exigem. Em diferentes doutrinas e em diferentes condições, o ideal social a ser alcançado transmuta-se radicalmente. Por isso, é imprescindível aceitar o outro irremediavelmente como o é, sempre levando em consideração uma visão mais inclusiva.

Em uma mesma sociedade, existem poderes e recursos que são muito desiguais. O que esperar, portanto, de grupos de homens de diferentes nações? As chances de possuírem níveis de capacidades díspares são gigantescas. Uma sociedade justa deve garantir, ao menos em algum nível mínimo, capacidades para todos. Neste sentido, faz-se urgente o abandono da ideia da vantagem mútua em que os ganhos são recíprocos.

A promoção do autointeresse não é compatível com a justiça social como equidade. A compaixão é parte do bem do próprio grupo social, o que conduz despreziosamente à satisfação de direitos. Existe, portanto, uma relação de dependência entre os homens que estimula a aceitação de um grupo pelo outro.

A proteção e a promoção da justiça social como equidade possuem como requisito basilar a aceitabilidade. Assim, as desigualdades de poderes e de recursos engendram alternativas de cooperação social e, conseqüentemente, de desenvolvimento pessoal. Sociedades que condenam pessoas pelos estereótipos tendem a não realizar a justiça social.

É preciso urgentemente extirpar a invisibilidade de determinados grupos sociais. É preciso humanizar a formação de objetivos que visem o resgate da promoção da justiça social como equidade e é preciso, também, ter sensibilidade para detectar áreas de mal estar social. Sem esse imprescindível percurso, a promoção da justiça se reserva a um plano pouco concreto, regida por influências das relações humanas de interesses muitas vezes escusos e nem sempre tão fraternais.

Nussbaum surpreende seus leitores ao afirmar que uma sociedade democrática e justa é aquela que promove a justiça social através da aceitabilidade dos mais diversos grupos de indivíduos e suas próprias e diversas maneiras de expressão. A esperança é que a sua audaciosa (mas realizável!) proposta de reconstrução da justiça social global proteja aqueles que há tanto tempo não lhe fora oportunizada a participação no espaço público como agentes ativos das decisões sobre o que lhes era devido.

5 CONCLUSÃO

A justiça realiza-se na satisfação das capacidades de seus cidadãos, ao menos em algum nível mínimo apropriado. A promoção da justiça social como equidade encontra um rico espaço de realização na ideia de aceitabilidade proposta por Martha Nussbaum. Tanto é verdade que o estímulo à proteção do pluralismo e à qualidade de vida das pessoas tem como consequência a satisfação dos direitos pela via da promoção da justiça social como equidade.

O combate às agressões sociais encontra na ideia da sociabilidade um campo fértil para cooperação social: os homens não podem viver sem fins compartilhados e sem uma vida em sociedade. Essa dinâmica privilegia a ideia de aceitar o outro como ele é, valorizar o que pensa e o que lhe interessa. Neste sentido, é preciso superar o princípio da igualdade equitativa de oportunidades apregoado por John Rawls.

Parece salutar que o dever de civilidade seja mais adequado para a proteção e promoção da justiça social como equidade do que o princípio da igualdade equitativa de oportunidades. Se as pessoas conhecem seu lugar na sociedade, desenvolvem as suas capacidades, ao menos em um nível mínimo, então essas mesmas pessoas não serão alvo da contingência do acaso. Neste sentido, o senso de justiça se alimenta através do cumprimento do dever de civilidade, sem gerar fortes interesses em contrário.

A ideia da aceitabilidade desenvolvida por Martha C. Nussbaum oferece uma concepção de promoção de justiça social como equidade através da satisfação de direitos regulados de tal forma a fornecerem benefícios para todos. Essa premissa, porém, não exclui a máxima rawlsiana de que as instituições sociais são responsáveis pela justiça social. Pelo contrário: a aceitabilidade deve ser um antídoto a ser adotado dentro do próprio espaço social visando o combate da prática de privilégios de uns em detrimento de outros preteridos pela falta de um status social pujante.

REFERÊNCIAS

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Trad. Susana de Castro. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2013.

_____. *Women and Human Development: The Capabilities Approach*. Cambridge University Press, 2001.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *O liberalismo político*. 2. ed. 2ª imp. São Paulo: Ática, 2000.

A PERSPECTIVA COSMOPOLITA DO ENFOQUE DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM NA TITULARIZAÇÃO DE DIREITO SOCIAIS

Cristiane Brum dos Santos*

1 INTRODUÇÃO

As complexas e massivas transmutações econômicas e tecnológicas experimentadas pela comunidade internacional repercutem de maneira ostensiva na concepção tradicional de soberania. Vetores como a globalização e a hiperconectividade transcendem as fronteiras geográficas, ingerindo sobre o sistema jurídico interno dos países.

O modelo tradicional de Estado, fundado na coexistência de povo, território e soberania, mostra-se desalinhado às novas dinâmicas vivenciadas pela comunidade internacional. As relações sociais, econômicas e culturais no processo de internacionalização dessas novas dinâmicas parecem levar ao entendimento de que as pessoas não pertencer a lugar nenhum, ou melhor, a todos os lugares.

Dentre os novos paradigmas, desvela-se o deslocamento das pessoas entre os países, motivado por conflitos armados, hipossuficiência financeira ou fatores ambientais. À luz do primado da dignidade da pessoa humana, as pretensões desses cidadãos requerem um reexame da relação entre estrangeiros e os Estados receptores.

Nessa perspectiva, ganha relevo a problemática concernente à titularização de direitos sociais. Presumindo-se a vulnerabilidade social do estrangeiro e a necessidade de prestações jurídicas sociais para preservar sua dignidade, seriam os direitos sociais oponíveis apenas pelos cidadãos nacionais?

A concepção filosófica desenvolvida por Martha Nussbaum revisa o contratualismo rawlsiano, ao identificar o problema da injustiça glo-

* Mestranda do programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Servidora do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

bal, defendendo que as dez capacidades centrais do enfoque das capacidades devem ser estendidas a todos as pessoas do mundo, em um viés cosmopolita kantiano. Aventa-se, assim, a possibilidade de o enfoque das capacidades justificar a titularização de direitos sociais.

Posto isto, este trabalho tratou da verificação da hipótese apresentada, abordando, inicialmente, a concepção jurídica de direitos humanos e direitos sociais, para, em seguida, apresentar o enfoque das capacidades e, ao final, analisar a aplicabilidade do referido enfoque na justificação da titularização dos direitos sociais, para os cidadãos do mundo, numa perspectiva cosmopolita kantiana.

A metodologia adotada para a possibilitação desse trabalho concerne ao método dedutivo, mediante pesquisa de natureza qualitativa e de caráter exploratório.

2 O PROCESSO DE AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O ÂMBITO JURÍDICO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A temática concernente a direitos que compõem o patrimônio jurídico do homem não se mostra contemporânea. Na leitura de Comparrato (2003, p. 8), é em Atenas, o berço da democracia, que tem início as primeiras construções filosóficas em tema de direitos humanos.

Numa dimensão mais recente, a gravidade dos crimes humanitários cometidos em nome de ideologias que fundamentaram a Segunda Guerra Mundial reacendeu a problemática. Desse ponto surgiu a necessidade de revistar as concepções de direitos do homem, partindo para uma concepção mais universalista, fundada na dignidade da pessoa humana.

Na lição de Piovesan (2013, p. 88), as agruras cometidas em nome das ideologias nazista e fascista no curso da Segunda Guerra Mundial repercutiram no processo de afirmação da dignidade da pessoa humana e dos di-

reitos fundamentais, pela necessidade identificada de reaproximar a ética do direito, em um movimento que albergou a concepção cosmopolita kantiana.

Isso porque se estabeleceu uma crise no positivismo jurídico, permissivo às violações pela previsão no ordenamento jurídico. O positivismo estabelece uma estreita relação entre os direitos e a previsão no ordenamento jurídico, no sentido de que a própria existência do preceito depende de sua positivação. Na esteira de Mello (2005, p. 111), a concepção positiva dos direitos afasta as teses ontológicas ou metafísicas que firmam o jusnaturalismo.

Parte-se, então, a revistar o cosmopolitismo kantiano, a partir da concepção de uma universalização dos direitos humanos. Modelo paradigmático dessa pretensão concerne à Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948. Constituído de 30 artigos, o documento firmado pelos países-membros da Organização das Nações Unidas, à exceção da União Soviética, Ucrânia, Rússia Branca, Tchecoslováquia, Polônia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul, tinha por finalidade firmar o tema de direitos humanos a partir do seu reconhecimento universal (COMPARATO, 2003, p. 222-224).

Direitos humanos, conforme Sarlet (2015, p. 29), compreendem aqueles direitos reconhecidos e positivados em documentos internacionais, outorgados a todas as pessoas, independentemente do tempo e do povo a que pertencem. Direitos fundamentais, por outro lado, dizem respeito àqueles positivados no ordenamento constitucional interno de cada Estado. Oportuno, registrar, que não existe na doutrina um conceito do que é um direito humano e do que é um direito fundamental.

De outro norte, a concepção da existência de direitos sociais advém de uma divisão majoritariamente aceita dos direitos fundamentais. Entende-se que os direitos se realizariam a partir de gerações ou dimensões, sendo a primeira delas de direitos civis, caracterizados por liberdades, competências, e a segunda de direitos sociais, caracterizados por prestações.

Convém o registro, como destacado, que parte da doutrina diverge da uma divisibilidade dos direitos em dimensões ou gerações. Na lição de Piovesan (2013, p. 91), o ordenamento constitucional interno preconizou uma indivisibilidade e interdependência entre os direitos fundamentais, sendo contestável, portanto, a fragmentação entre direitos de liberdade e direitos de igualdade.

É, ainda, digno de nota o pensamento de Bobbio (1994, p. 21), para quem há uma relação de proporcionalidade na realização dos direitos sociais (“*poderes*”) e dos direitos individuais (“*liberdades*”). Defende que a materialização de poderes condiciona as liberdades a um prejuízo, em proporcionalidade inversa, em que quanto mais poderes, tanto menos liberdades, e vice-versa.

Na renomada obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy (2015, p. 195-196) classifica as posições como direitos a algo, liberdades e competências, partindo do princípio do direito subjetivo enquanto um supraconceito para posições jurídicas distintas entre si e da classificação proposta por Jeremy Bentham. Aborda o direito subjetivo a algo, em que há uma relação triádica entre o titular do direito, o portador e o objeto da ação, que se trata sempre de uma ação do destinatário, seja esta positiva, seja esta negativa. Assim, na lição do jurfilósofo alemão, a partir do objeto do direito pode-se categorizar os direitos fundamentais em direitos fundamentais a ações negativas e direitos fundamentais a ações positivas em face do Estado.

Na esteira da teoria, os direitos a ações negativas, ou direitos de defesa, podem ser classificados em “direitos ao não-embaraço de ações”, “direitos à não-afetação de características e situações” e “direitos à não-eliminação de posições jurídicas”. Quanto ao primeiro grupo, de *direitos ao não-embaraço de ações*, compreende os direitos a que o Estado não dificulte ou impeça ações dos titulares do direito. Já o segundo grupo, de *direitos à não-afetação de características e situações*, alberga direitos a não alteração de características e situações do titular do direito. Por fim, quanto ao terceiro

grupo, de direitos à não-eliminação de posições jurídicas, compreende direitos a que o Estado não elimine posições jurídicas do titular do direito.

Noutro vértice, os direitos a ações estatais positivas, na teoria alexyana, compreendem ações positivas fáticas (ou direitos a prestações em sentido estrito) e ações positivas normativas (direitos a prestações em sentido amplo, direitos a que o Estado crie normas).

Vê-se, pois, o distinto caráter de igualdade material impresso no cerne dos direitos sociais, como elementos possibilitadores da justiça social. As prestações jurídicas sociais materializam os ideais do *Welfare State*, possibilitando aos cidadãos o alcance de sua dignidade.

3 A CONCEPÇÃO FILOSÓFICA DE ENFOQUE DAS CAPACIDADES, SEGUNDO MARTHA NUSSBAUM

A distinta obra “*Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*” foi desenvolvida pela filósofa Martha Nussbaum a partir de uma releitura do contrato social rawlsiano. O enfoque das capacidades desdobra-se sobre três problemas identificados pela autora que foram desconsiderados por John Rawls em sua “*Teoria da Justiça*” e notadamente sobre a ideia de vantagem mútua.

Interessa notar que a concepção filosófica de garantias humanas centrais de Nussbaum (2013) aproxima-se da teorização econômica formulada por Amartya Sen. Nas palavras da autora:

[...] a melhor abordagem dessa ideia de um mínimo social básico é fornecida por uma explicação que se concentre nas capacidades humanas, isto é, no que as pessoas são de fato capazes de fazer e ser, instruídas, de certa forma, pela ideia intuitiva de uma vida apropriada à dignidade do ser humano. Identifico uma lista de capacidades humanas centrais e argumento que todas elas estão implícitas na ideia de uma vida apropriada à dignidade humana. (NUSSBAUM, 2013, p. 84, grifo da autora).

As dez capacidades centrais elencadas pela autora pautam-se nos três problemas centrais não abordados por Rawls, deficiência, nacionalidade e pertencimento à espécie, a fim de possibilitar uma sociedade justa e uma vida digna. Integram a lista de capacidades a vida (1), a saúde física (2), a integridade física (3), os sentidos, a imaginação e o pensamento (4), as emoções (5), a razão prática (6), a afiliação (7), as outras espécies (8), o lazer (9) e o controle sobre o próprio ambiente (10), político (10.a) e material (10.b).

Em importante assertiva, a autora destaca que “[...]. O enfoque das capacidades é, na minha visão, uma espécie de abordagem dos direitos humanos, e os direitos humanos têm sido associados de modo similar à ideia de dignidade humana.” (NUSSBAUM, 2013, p. 95). Vê-se, portanto, o condão universalista das capacidades, orientadas para todas as pessoas de todas as noções, fundamentada no respeito mútuo, na reciprocidade e no autorrespeito.

A vantagem mútua do contrato social, na visão de Nussbaum (2013), está equivocada, pois é inconcebível que a cooperação social se realiza apenas buscando benefícios mútuos. Defende a necessidade de voltarmos os olhos à benevolência, o altruísmo e a fidelidade à justiça.

Detendo-se sobre a perspectiva da nacionalidade, Nussbaum (2013) afirma que “em um mundo cada vez mais interdependente, precisamos considerar as questões de justiça levantadas pelas desigualdades entre as nações ricas e pobres, que afetam as chances de vida de seus cidadãos” (p.23). É possível inferir da assertiva que a filósofa concebe um ideal de justiça social que se assenta na universalidade dos direitos humanos.

No enfoque das capacidades, as relações internacionais não podem estar centradas exclusivamente no estabelecimento de vantagens mútuas, pois a justiça global requer a concepção de que determinados direitos e capacidades são centrais para a dignidade de todas as pessoas.

Para possibilitar a justiça global, a autora relaciona dez princípios para uma estrutura global (NUSSBAUM, 2013, p. 288-298), em relação às quais é cabível destacar o princípio 6, que preconiza “*Deveríamos cultivar uma esfera pública global tênue, descentralizada, mas ainda assim contundente*”. É a máxima cosmopolita destacada no trabalho da autora, de direito humanos universais.

Deve se ter em mente que a concepção universalista de Nussbaum (2013) não fundamenta a necessidade de um Estado mundial. Em verdade, a autora rejeita essa concepção, por colocar em risco o pluralismo dos povos. O enfoque das capacidades, portanto, estabelece um mínimo de direitos humanos necessários à justiça global, que coexiste nas diversas culturas e ordenamentos jurídicos existentes.

Por fim, é imperioso destacar a lição de Nussbaum (2013, p. 350-351), para quem a concepção de direitos humanos não deve ser dissociada do enfoque das capacidades, pois são muito próximos. Isso porque o enfoque das capacidades alberga tanto as liberdades políticas e civis quanto os direitos econômicos e sociais. Em verdade, a autora destaca a importância de sua teoria na própria afirmação dos direitos, pois enquanto estes estão eivados de dissenso semântico, aqueles fornecem respostas claras, possibilitando, a partir das dez capacidades centrais um mínimo em termos de justiça social.

4 ENFOQUE DAS CAPACIDADES NA JUSTIFICAÇÃO DO DIREITOS SOCIAIS PARA OS CIDADÃOS DO MUNDO

A soberania e a nacionalidade desvelam-se representativos entres na titularização de direitos sociais. Isso porque não há qualquer obrigatoriedade ou dever jurídico do Estado em promover prestações jurídicas sociais a cidadãos estrangeiros que demandem uma intervenção estatal na proteção de sua dignidade.

A pretensão de desvencilhar-se da guerra, da crise econômica ou de catástrofe ambiental de seu Estado de origem impulsiona o cidadão a buscar em um novo Estado a realização de sua dignidade enquanto pessoa humana. No entanto, o Direito tradicional carece de mecanismos para um tratamento jurídico da situação de vulnerabilidade delineada.

As novas dinâmicas internacionais, estabelecidas pela globalização econômica e pela hiperconectividade, impõe um olhar sobre a necessidade de conferir e/ou preservar a igualdade material do migrante, enquanto pessoa, cidadão do mundo. O viés universalista dos direitos humanos impede a rejeição dessas demandas sociais pelo simples fato de inexistência de nacionalidade e sobreposição da soberania estatal.

A respeito da titularidade, convém a distinção desenvolvida por Sarlet (2015, p. 215) entre titulares e destinatários de direitos fundamentais, que são comumente confundidos. Assevera que o titular de um direito corresponde ao sujeito ativo da relação, cuja patrimônio jurídico o direito integra, enquanto que o destinatário como sujeito passivo da relação jurídico-objetiva compreende a quem ou ao que se opõe esse direito.

O autor ainda leciona que o princípio da universalidade abrange o direito de todas as pessoas de figurarem como titulares de direitos e deveres fundamentais, o que não significa, necessariamente, que a todos estariam garantidos todos os direitos fundamentais. Nesse sentido, traz o caso constitucional pátrio, que distinguiu os brasileiros dos estrangeiros e os estrangeiros residentes dos não residentes (SARLET, 2015, p. 217).

Pois bem, na filosofia do Direito, o cosmopolitismo se desvela um mecanismo para o tratamento dessas novas dinâmicas. Em lugar de sugerir uma proposição de “Estado Mundial”, de rompimento das barreiras geográficas, o direito cosmopolita firma a concepção de pertencimento do cidadão a uma sociedade global, em atenção aos postulados kantianos de hospitalidade e da propriedade comum do planeta:

Ora, como se avançou tanto no estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos da Terra que a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, a ideia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito público como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétua, em cuja contínua aproximação é possível encontrar-se só sob esta condição. (KANT, 2002, p. 140).

Em uma releitura histórica, Barreto (2010, p. 269) afirma que o termo cosmopolitismo remonta à Grécia Antiga, quando “cosmópolis” era a expressão utilizada para representar a universalização dos direitos dos homens, transmutando-se para designar um universalismo político no século XVIII e, em finalmente, “cidadãos do mundo”, na filosofia do direito contemporânea.

Interessa notar a concepção de Delahunty (2012, p. 91), para quem o renascimento contemporâneo de pensamento cosmopolita emerge e está entrelaçada com as grandes tendências culturais que ocorrem sob o título de “pós-modernismo”, especialmente a globalização.

Barreto (2010, p. 268-269) recorda que a concepção de cidadania cosmopolita não está enraizada na soberania estatal nacional e tem início no processo econômico de globalização, que passa a construir a ordem jurídica cosmopolita quando se irradia para além da economia, inferindo nos níveis cultural, social e político.

Para Farias (2011, p. 45-46) o projeto cosmopolita está assentado na revisão da soberania estatal, em que os paradigmas econômicos e sociais globais requerem o estabelecimento de valores e instâncias internacionais. O que não significa a destituição dos Estados, a se adequarem ao modelo global, mas representa um novo modelo de cidadania, de cidadãos do mundo.

Em Kant (2002, p. 132-136), o cosmopolitismo assenta-se uma federação de estados republicanos livres em que os direitos dos estrangeiros estariam limitados a um direito de visita, baseado no direito de hóspede e no direito à propriedade comum da terra, não se podendo conceber que poderiam advir direitos sociais dessa relação:

Não existe nenhum *direito de hóspede* sobre o qual se possa basear esta pretensão (para isso seria preciso um contrato especialmente generoso para dele fazer um hóspede por certo tempo), mas um *direito de visita*, que assiste todos os homens para se apresentar à sociedade, em virtude do direito da propriedade comum da superfície da Terra, sobre a qual, enquanto superfície esférica, os homens não podem estender-se até ao infinito, mas devem finalmente suportar-se um aos outros, pois originalmente ninguém tem mais direito do que outro a estar num determinado lugar da Terra. [...] mas o direito de hospitalidade, isto é a faculdade dos estrangeiros recém-chegados não se estende além das condições de possibilidade para *intentar* um tráfico com os antigos habitantes. [...] (KANT, 2002, p. 137, grifo do autor).

A esse respeito, é digno de nota o registro de Nour (2003, p. 22-23), para quem o terceiro artigo definitivo da paz perpétua kantiana é uma resposta à massiva e destrutiva colonização europeia, que se apropriou indevidamente de territórios de outros continentes, em uma atitude não hospitaleira e que fere os preceitos cosmopolitas.

A autora sintetiza o pensamento kantiano, para quem é necessário que a humanidade supere estado de natureza, onde não há direito, tanto na relação entre os indivíduos, quanto entre os Estados e também entre os Estados e os indivíduos (NOUR, 2003, p. 11-13). Nesse sentido, o direito público estaria assentado em três dimensões: o direito do Estado (“*ius civitis*”), regendo as relações entre os nacionais, o direito das gentes (“*ius gentium*” ou direito internacional), regendo as relações entre os Estados, e o direito cosmopolita (“*jus cosmopolitanum*”), regendo as relações entre os Estados e os cidadãos do mundo.

Vale destacar a lição de Barreto (2010, p. 269), para quem o cosmopolitismo não representa um único Estado, um único povo, mas, em verdade, a salvaguarda do pluralismo e a conseqüente convivência entre os Estados:

O primeiro mito que se deve enfrentar no que se refere ao processo de globalização reside no fato de que esse processo aponta, não para a formação de uma aldeia global, mas para a convivência de uma sociedade mundial em três dimensões: a “comunidade armada”, visível nas guerras e no desenvolvimento da indústria armamentista. Inclui-se nesta comunidade o crime organizado; essa comunidade convive com “comunidades de cooperação”, que perpassam todos os estados nacionais e que se evidenciam na comunicação, no turismo, no mercado de trabalho, nas ciências, nas artes e na cultura; a comunidade do direito, que se expressa na ideia dos direitos humanos.

Nesse último tipo de comunidade é que se expressam duas tendências socioculturais, alimentadas pelo processo de globalização e que se explicitam no fenômeno do imperativo universal do direito e no imperativo mundial da democracia. Culturas e nações, as mais diferenciadas, seja por valores, seja por regimes políticos, prestam o culto aos ideais da democracia e ao papel do estado de direito. Consta-se, assim, como no seio do processo de globalização ocorre uma tensão entre os valores da democracia e os interesses econômicos e financeiros, fonte e parâmetro de referência do sistema político e social. (KANT, 2002, p. 269).

Em Rawls (2001, p. 50), por outro lado, fica destaca a importância das fronteiras, como algo que deve existir, ao argumento de que, inexistindo um Estado global, os limites territoriais têm a função de proteger o território, que pertence ao povo. Nesse liame, defende o direito dos povos de limitar a imigração.

Com base nessa linha argumentativa, extrai-se a relação umbilical estabelecida entre o cosmopolitismo e o enfoque das capacidades de Martha Nussbaum. A percepção da filósofa quanto à universalização de di-

reitos humanos mínimos se aproxima do direito cosmopolita, pela quebra de paradigmas nacionalistas e de soberania.

Ressalta-se que tanto no cosmopolitismo quanto no enfoque das capacidades não há a defesa de um Estado único e o rompimento das fronteiras físicas. O direito cosmopolita não pressupõe a tentativa de estabelecimento de uma comunidade única internacional. Diversamente, preconiza uma moralização universal.

Na esteira de Kant, Nussbaum (2013, p. 385-386, 392-393) rejeita a possibilidade de um Estado mundial, em atenção à evidente qualidade tirânica de que este seria dotado, pela pluralidade cultural e de linguagem que caracteriza e diferencia os povos. A filósofa defende a necessidade de resguardar a soberania dos Estados, sustentando que, em verdade, determinados direitos deveriam compor o ordenamento constitucional de todas as nações.

A ideia do Estado, de justiça global, de mínimo existencial e de cosmopolitismo está assentada na seguinte afirmação da filósofa: “[...] o nosso mundo não é decente e minimamente justo, a não ser que tenhamos assegurado as dez capacidades da lista, até certo nível mínimo, a todas as pessoas do mundo” (NUSSBAUM, 2013, p. 347).

O direito cosmopolita, como terceira dimensão do direito público, mostra-se plausível na justificação da titularização dos direitos fundamentais sociais. Somado ao enfoque das capacidades, o ideal de um direito para os cidadãos do planeta parece fundamentar a tutela dos direitos fundamentais sociais do estrangeiro pelo Estado-receptor.

5 CONCLUSÕES

O deslocamento de pessoas, a despeito de suas motivações, requer do sistema jurídico internacional novos instrumentos a reger as relações entre os cidadãos e entre os cidadãos estrangeiros e os Estados. Isso porque as con-

cepções tradicionais de soberania e nacionalidade podem obstar a realização da justiça social e proteção da dignidade da pessoa humana.

Nesse aspecto, a filosofia do Direito vem contribuir com perspectivas nem tão novas para a solução dos problemas dos direitos humanos. O cosmopolitismo kantiano concebe a figura de cidadão do mundo e propõe-se a regular as relações entre esses cidadãos e os Estados.

Tal perspectiva universalista é observada no enfoque das capacidades desenvolvido por Martha Nussbaum. Essa teoria identifica três problemas graves não abordados na teoria rawlsiana e entende necessário, no que toca a um deles, assegurar a todas as pessoas, a despeito de sua nacionalidade, as dez capacidades formuladas, a fim de firmar a extirpar as injustiças sociais existentes em parte significativa dos Estados.

A concepção filosófica de Nussbaum, a partir do viés do cosmopolitismo kantiano, parece aplicável à justificação da titularização dos direitos sociais. Isso porque não se mostra razoável afastar a dignidade do estrangeiro migrante e as prestações jurídicas sociais necessárias a sua igualdade material com base em nas concepções clássicas da soberania e da nacionalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. 4. tiragem. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Direito Cosmopolítico e Direitos Humanos. In: *Revista Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba, Editora Unoesc, 2010, v. 11, n. 2, p. 266-275, jul./dez. 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELAHUNTY, Robert J. Nationalism, Statism, and Cosmopolitanism. In: *Northwestern Interdisciplinary Law Review*, Evanston, 2012, v. 5, n. 2, 77-144.

FARIAS, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa, Edições 70, 2002.

MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. In MELLO, Cláudio Ari (coord.). *Os Desafios dos Direitos Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 105-138.

NOUR, Soraya. Os cosmopolitas. Kant e os “temas kantianos” em relações internacionais. In: *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 7-46, jun. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cint/v25n1/v25n1a01.pdf>. Acesso em 10 ago. 2016.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução de Suzana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Tradução Luís Carlos Borges. Revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2015.

**CAPÍTULO III –
FUNDAMENTAÇÃO
FILOSÓFICA DOS
DIREITOS HUMANOS
FUNDAMENTAIS**

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Andressa de Freitas Dalmolin Macagnan*

Resumo: Busca-se trazer alguns enlaces existentes entre os direitos humanos/fundamentais e a dignidade da pessoa humana, tendo como premissa o questionamento sobre a posição destes em relação aqueles, já que desde a ascensão dos direitos humanos fundamentais em um nível mundial, tem-se nos mais importantes documentos internacionais sobre o tema e debates jurídicos hodiernos que a dignidade da pessoa humana é o mais importante vetor propulsando a busca da realização dos direitos em comento. A partir de uma ideia lançada por Jeremy Waldron, passa-se a questionar a verdadeira posição da dignidade da pessoa humana nos direitos humanos/fundamentais. Para tanto, se faz necessária análise dos conceitos de direito humanos fundamentais, bem como, do próprio significado de dignidade da pessoa humana, que até os dias hodiernos não possui consenso. A proposta não é colocar em descrédito a dignidade da pessoa humana, mas trazer outros valores ou princípios como fundamento de alguns dos direitos humanos, colocando aquele em outra posição, talvez até mesmo como objetivo dos direitos humanos.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Fundamento. Direitos Humanos Fundamentais.

*Advogada. Professora de Direito Civil na Universidade do Oeste de Santa Catarina (graduação). Mestranda em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina. Especialista pela Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo.

Abstract: *Seeks to bring some existing links between human fundamental rights and human dignity, taking as its premise the question about their position in relation to those, since from the rise of fundamental human rights on a global level, we have the most important international documents on the subject and modern-day legal debates that human dignity is the most important vector propelling the pursuit of the rights under discussion. From an idea launched by Jeremy Waldron, is going to question the true position of the dignity of the human person in the human rights and fundamental rights. Therefore, it is necessary analysis of fundamental human rights concepts, as well as the very meaning of human dignity, that even the modern-day day does not have consensus. The proposal is not put into disrepute the dignity of the human person, but bring other values or principles as the foundation of some of the human rights by putting him in another position, perhaps even the objective of human rights.*

Keywords: *Human Dignity - Basis - Fundamental Human Rights.*

1 INTRODUÇÃO

Esse artigo propõe tratar alguns enlaces existentes entre os direitos humanos/fundamentais e a dignidade da pessoa humana, tendo como premissa o questionamento sobre a posição destes em relação aqueles, já que desde a ascensão dos direitos humanos fundamentais em um nível mundial, tem-se nos mais importantes documentos internacionais sobre o tema e debates jurídicos hodiernos que a dignidade da pessoa humana é o mais importante vetor propulsando a busca da realização dos direitos em comento.

O que se observa, principalmente no que concerne ao campo doutrinário, é que a dignidade da pessoa humana assumiu o papel de núcleo ou fundamento dos direitos humanos fundamentais, contudo, Jeremy Waldron, filósofo político e teórico do direito, professor nas Universidades de Oxford e Nova York, questiona em seu artigo denominado “Is dignity the foundation of human rights?” estar a dignidade da pessoa humana em um

papel diferente deste, não menos importante, mas diversos, como por exemplo, atuando como objetivo final de alguns direitos humanos/fundamentais.

A partir desta ideia lançada por Waldron (PERRONE; GIACOMUZZI, 2015), passa-se a questionar a verdadeira posição da dignidade da pessoa humana nos direitos humanos/fundamentais, sem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas traçar alguns apontamentos a fim de dar continuidade a um debate anteriormente levantado. Para tanto, primeiramente traz-se o conceito de ambas as temáticas, inicialmente o de direitos humanos fundamentais, e posteriormente o de dignidade da pessoa humana, para em um segundo momento, analisar os principais documentos internacionais relacionando-os com o debate em tela e, por fim, passa-se à conclusão do trabalho.

Ainda, esclarece-se que a teoria adotada na redação do artigo foi a teoria universalista dos direitos humanos, que não necessariamente representa a opinião da autora, mas que de alguma forma, foi a opção mais didática encontrada por esta para alcançar seus propósitos, lançar uma discussão acerca da fundamentação dos direitos humanos.

2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para uma melhor compreensão entre as terminologias “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, faz-se necessário passar pelo conceito de direitos do homem ou direitos naturais.

Para explicar o que seria o direito natural, Celso Lafer (1998) cita Aristóteles, estabelecendo uma distinção dicotômica entre lei particular e lei comum, sendo a primeira aquela que cada povo dá a si mesmo, podendo as normas dessa lei particular serem escritas ou não escritas, ao passo que a segunda, a lei comum, seria aquela conforme a natureza, existindo algo que todos adivinhamos sobre o que por natureza seria justo ou injusto.

Aquilo que todos adivinhamos ser justo, condiz, portanto, aos direitos do homem, aptos à proteção global em todos os tempos, todas as

culturas, independente de raça, credo, cor, religião, etnia, sexo, religião, cidadania e, pelo fato de não dependerem do reconhecimento formal dos poderes públicos, são considerados naturais ou acima e antes da lei¹.

Já os direitos humanos são exatamente os direitos do homem, mas positivados numa órbita internacional. São esses direitos naturais, da essência do próprio homem, inerentes, intrínsecos, mas normatizados, positivados, em documentos internacionais, como declarações, tratados e convenções.

Por sua vez, os direitos fundamentais, conforme Canotilho (2002), são aqueles positivados numa ordem jurídica interna dos Estados. Portanto, os direitos em comento são aqueles reconhecidos pela ordem constitucional de determinado país, perfazendo deste modo, o rol de direitos previstos na Constituição.

Em suma, pode-se dizer que os direitos humanos são os direitos do homem positivados numa órbita internacional e os direitos fundamentais, esses mesmos direitos, positivados num ordenamento doméstico, pertencente a cada Estado.

No que pertine à amplitude dos direitos, tem-se que os direitos humanos são mais amplos que os direitos fundamentais, eis que estes últimos não possuem um campo de aplicação tão extenso quanto aqueles, ainda mais quando considera que nem todos os direitos fundamentais previstos nas constituições internas são exercitáveis por todos, indistintamente (MAZZUOLI, 2015).

Diferentemente, os direitos humanos podem ser reivindicados por todos os cidadãos do planeta, bastando ocorrer a violação de um di-

¹ Os defensores das teses do universalismo metafísico dos direitos humanos fundamentais sustentam que os indivíduos possuem direitos inerentes que lhes acompanham desde o nascimento e que não são produzidos pelas ordens jurídicas, nacional ou internacional, razão pela qual devem ser observados, independentemente do local, cultura ou época em que estejam inseridos. Nesse sentido, vê-se que a Declaração da Organização dos Estados Americanos, de 1948, foi a instituição pioneira a adotar esse argumento, verificado no primeiro parágrafo de seu preâmbulo, no qual afirma que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (BAEZ, MOZETIC, 2013).

reito seu reconhecido em documento internacional aceito pelo Estado em cuja Jurisdição se encontre. (MAZZUOLI, 2015).

Por outro lado, os direitos fundamentais, estando estampados nos ordenamentos jurídicos, encontram mecanismos de proteção mais efetivos. Sabe-se que a adoção pelos Estados Soberanos dos direitos reconhecidos numa ordem internacional trata-se de mera faculdade e, ainda que haja positivação, não necessariamente serão respeitados de forma prática, no entanto, a própria legitimidade de um ordenamento jurídico constitucional tem sido medida por sua anuência aos direitos humanos, provocando, cada vez mais, dessa forma, a aproximação entre os direitos fundamentais² previstos nas Constituições dos Estados e o sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

Essa aproximação provoca uma relativização ainda maior das diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais. Percebe-se, dessa forma, diante do fenômeno da internacionalização, a necessidade de uma concepção mais aberta sobre esses direitos, na qual seja possível a defesa da pessoa humana em quaisquer tipos de relações, sejam internas

² Convém registrar que, especialmente a partir da Segunda Grande Guerra, buscando enfatizar o papel privilegiado dos princípios estruturantes (princípios fundamentais) e dos direitos e garantias fundamentais, a maioria das constituições passou a situar tais disposições na parte inicial do texto constitucional, e não, como ocorria em muitos casos (inclusive no Brasil, até a Constituição Federal de 1988), depois da assim chamada parte orgânica, que versa sobre a estrutura e organização do Estado e dos poderes. Mediante tal técnica e em termos gerais, pelo menos três coisas passaram a ficar bem definidas no âmbito do constitucionalismo contemporâneo: (a) é o Estado que existe para o ser humano e não o ser humano para o Estado; (b) *os princípios fundamentais (e ou os assim chamados “valores superiores”) e os direitos e garantias fundamentais, embora não tenham primazia normativa formal, no sentido de permitirem a declaração de inconstitucionalidade de outros dispositivos da constituição, merecem uma proteção e uma normatividade reforçada e servem de critérios materiais para a interpretação e aplicação das demais normas constitucionais e, em especial, infraconstitucionais. É precisamente por tal razão que alguns princípios fundamentais (inclusive os que dispõem sobre as decisões políticas fundamentais, como a forma de governo, a forma de Estado, a separação de poderes, o regime democrático etc.) e os direitos fundamentais, ainda que nem todos, e nem sempre da mesma forma, em muitas ordens constitucionais, são acompanhados de garantias especiais, como é o caso das assim chamadas “cláusulas pétreas”, da aplicabilidade imediata e da vinculação direta de todos os órgãos estatais aos direitos fundamentais, determinados instrumentos processuais para sua proteção na esfera judiciária, entre outros; (c) as constituições, em maior ou menor medida, explicitam uma ordem preferencial de valores (SARLET, 2009).*

ou não. Destarte, a necessidade do aperfeiçoamento dos sistemas de proteção que atuam nas esferas domésticas e internacional é tão importante.

Por fim, tem-se que, a doutrina moderna vem optando pelo uso da terminologia “direitos humanos fundamentais”, já que os vários documentos internacionais que fazem parte do sistema de proteção aos direitos humanos, por vezes se utilizam da nomenclatura “direitos humanos” e por outras, “direitos fundamentais”, devendo a diferenciação de nomenclatura ser flexibilizada, já que os conceitos de ambas estão intimamente ligados.

Diante de uma aproximação cada vez maior entre os direitos humanos e os direitos fundamentais nota-se como é imprescindível um tratamento que privilegie as aproximações e não as diferenciações. Para tanto, entende-se que a denominação mais adequada é “direitos humanos fundamentais”.

Superada a questão terminológica, há que se esclarecer as várias gerações, fases ou ainda, dimensões de direitos humanos, já que estes não foram reconhecidos de uma única vez, pelo contrário, trata-se de conquista fruto de muitas lutas e batalhas.

Os direitos humanos fundamentais de primeira geração estão relacionados às revoluções burguesas. Trazem uma conotação negativa, pois estão fundamentados na ideia de liberdade frente ao próprio Estado.

O Estado passa a não intervir, a se abster. São também conhecidos como liberdades públicas negativas ou direitos civis e políticos. Encontram a sua justificativa na liberdade frente ao estado absolutista que tinha o poder sobre a própria vida³ do cidadão.

³ Concretamente, esse poder sobre a vida desenvolveu-se a partir do século XVII, em duas formas principais; que não são antitéticas e constituem, ao contrário, dois polos de desenvolvimentos interligados por todo um feixe intermediário de relações. Um dos polos, o primeiro a ser formado, ao que parece, centrou-se no corpo como máquina: no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos – tudo isso assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as disciplinas: anátomo-política do corpo humano. O segundo, que se formou um pouco mais tarde, por volta da metade do século XVIII, centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem

Nesse norte, a característica principal dos direitos humanos de primeira geração é a não intervenção do Estado. Tem-se o Estado não atuando, não matando, não confiscando a propriedade, abstendo-se de praticar determinados atos em prol de uma igualdade formal entre os indivíduos.

Quanto aos direitos de segunda geração, direitos sociais, econômicos e culturais, tiveram seu reconhecimento devido às reivindicações dos movimentos socialistas, diferente dos de primeira geração que nasceram de revoluções burguesas e são uma consequência das limitações da primeira geração de direitos humanos.

Possuem conotação positiva, à medida que o Estado deverá intervir, atuar, fornecer, para que os direitos sejam postos em prática. São direitos que reclamam a prestação do Estado, a fim de que seja assegurada a igualdade material entre os seres humanos, já que versa sobre a dimensão que se importa com o hipossuficiente, com a igualdade em sentido substancial.

Os direitos de terceira geração, conhecidos como aqueles direitos de fraternidade ou solidariedade, possuem uma principal diferença com relação aos de primeira e segunda geração, eis que nestes, o titular é o indivíduo ou a coletividade, ao passo que naquele, o titular do direito é a coletividade. Passaram a ser reconhecidos após a década de 1980.

São os direitos ao progresso, à comunicação, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente saudável, à paz e, como dito, são direitos transindividuais, transpõem os indivíduos.

Essas três dimensões dos direitos humanos já foram inclusive reconhecidas, em nosso país, nas decisões do Supremo Tribunal Federal, contudo, outras existem no campo doutrinário, onde se trata hoje, já da

fazê-los variar; tais processo são assumidos mediante toda uma série de intervenções e controles reguladores: uma bio-política da população. As disciplinas do corpo e as regulações da população constituem os dois polos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida. A instalação – durante a época clássica, desta grande tecnologia de duas faces – anatômica e biológica, individualizante e especificante, voltada para os desempenhos do corpo e encarando os processos da vida – caracteriza um poder cuja função mais elevada já não é mais matar, mas investir sobre a vida, de cima a baixo (FOUCAULT, 1988. p. 130).

quinta dimensão dos direitos humanos, sendo relacionada com a paz mundial no século XXI, ao passo que a quarta geração versa sobre as novas descobertas tecnológicas, da robótica, da medicina, dentre outros.

Só pela observância de que os direitos humanos não foram reconhecidos de uma só vez aliado ao fato da corrente transformação da sociedade e conseqüente observância de reconhecimento de mais direitos, nota-se que aqueles não são limitados, não fazem parte de um rol taxativo e podem ser expandidos ou reconhecidos a qualquer momento.

3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana está previsto no artigo primeiro⁴, inciso terceiro da Constituição Federal como um fundamento da própria República, configurando-se como uma chave de interpretação de todo sistema jurídico vigente.

Ainda, está previsto na Carta Magna no artigo cento e setenta⁵, que cuida da ordem econômica do país, como finalidade desta, ou seja, aparece como um princípio a ser observado pela atividade econômica.

Nas palavras de Flávia Piovesan (2015 p. 97), *“seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade.”*

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana consagra-se, com o reconhecimento de que a ordem jurídica existe para a pessoa humana, dando legitimidade a um ordenamento jurídico, podendo este ser considerado legítimo.

⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II - cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...].

Contudo, tarefa árdua é a definição de dignidade da pessoa humana. A noção de dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo, desenvolveu-se com o pensamento cristão. Na filosofia de São Tomás de Aquino tem-se a lição de que “a dignidade é inerente ao homem, como espécie”. O desenvolvimento da doutrina jusnaturalista contribuiu efetivamente para o tema da dignidade. O movimento teve como expoente Immanuel Kant, apresentando a máxima Kantiana de que o homem é o fim e não o meio para alcançar quaisquer fins (MEZZAROBÀ; SILVEIRA apud BAEZ/ CASSEL, 2011).

Immanuel Kant (2009) considera que a dignidade da pessoa humana é inata e inalienável a todos os indivíduos, materializando-se por meio da capacidade de autodeterminação que os seres humanos possuem por meio da razão.

Ingo Wolfgang Sarlet, na mesma linha de Kant, define a dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001).

Ainda, conforme o autor supra, em outra de suas obras, a dignidade é qualidade intrínseca do ser humano, não sendo passível de renúncia ou alienação, mas elemento que qualifica o ser humano como tal, não podendo de ele ser destacado, eis que compreendida como qualidade integrante da própria condição humana (SARLET, 2009).

Por outro lado, autores discordam da posição Kantiana, como Pérez-Luño e Benedetto Croce, que afirmam ser o conceito de dignidade

humana variável conforme o momento histórico vivenciado por determina sociedade. Afirmam que a dignidade da pessoa humana é um crescente cultural e variável, a ser analisada dentro de cada momento histórico, não sendo algo inerente, pelo contrário, haveria uma busca pelos atributos de uma vida digna, sendo este atributo, algo relativo, que dependeria da cultura de cada povo (LUÑO, CROCE apud BAEZ, 2011).

Para Baez (2011), o pensamento dos três doutrinadores, Immanuel Kant, Pérez-Luño e Benedetto Croce, pode ser unificado em uma teoria de sua autoria, denominada teoria bidimensional da dignidade humana, que abarcaria ambos os conceitos da seguinte forma: haveria duas dimensões da dignidade, uma básica, que seria formada por direitos que devem ser respeitados independentes do local e época, e outra dimensão cultural, que seria mais ampla que a primeira, mudando conforme a diversidade de cultura, mas que, contudo, não poderia ferir aquele núcleo básico da primeira dimensão.

A primeira dimensão seria respeitada independentemente da cultura em que o indivíduo estivesse inserido, e teria como um de seus direitos primordiais a autodeterminação do ser humano, ficando este, impedido de ser tratado como uma coisa. Essa autodeterminação encontraria limitadores na dimensão cultural, que seriam os ordenamentos jurídicos e a moral (usos e costumes) de cada sociedade em que o indivíduo se encontrasse inserido, todos denominados limitadores culturais.

Da mesma forma que a dimensão cultural limitaria a dimensão básica, os costumes não poderiam ultrapassar os limites estabelecidos por um núcleo rígido, podendo aquela ser conceituada como sendo o conjunto de valores conquistados dentro de uma posição cultural que fazem com que o ser humano busque o que lhe traz felicidade.

Conforme o autor da teoria, ambas as correntes, até certo ponto, são muito defensáveis, pois, haveria um algo intrínseco ao ser humano, que, independente da cultura em que esteja inserido, tem de ser respei-

tada, qual seja, a não aceitação de ser tratados como uma coisa ou seja, a falta de autodeterminação e, ao mesmo tempo, sustenta que seria inegável que a dignidade humana tenha um viés cultural, existindo alguns valores que são considerados dignos nas sociedades ocidentais e nas orientais não, e vice e versa, por exemplo e, a única forma de conciliar ambos os conceitos, seria entendendo que a dignidade é um conceito bidimensional.

Maria Rosynete Oliveira de Lima (1999), com base em Jorge Miranda e J. J. Gomes Canotilho, afirma que:

Jorge Miranda salienta postulados básicos sobre a dignidade da pessoa humana (1993:IV:168-169): “a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e a cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) O primado da pessoa é o ser, não o ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; d) Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida; e) A proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição de direitos; f) A dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.” A dignidade da pessoa humana é uma categoria axiológica aberta, a ser “preenchida” pelos aplicadores da norma no momento de sua concretização (José Joaquim Gomes Canotilho, 1995:225). Portanto, é preciso levar em conta as exigências básicas do ser humano em concreto, indispensáveis para dar-lhe uma existência digna, bem como para proporcionar-lhe as condições de desenvolvimento das suas potencialidades.

Nota-se que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui um grau de proteção e autonomia da pessoa humana frente ao Estado e aos demais, bem como, impõe a satisfação de condições mínimas de existência capazes de tornar capaz ao ser humano realmente viver e não só sobreviver, garantindo-lhe o acesso a bens existenciais.

Portanto, existe a tendência de construção de um piso mínimo de direitos básicos, fundamentais. Assim, esses direitos subjetivos são

oponíveis tanto em face do Estado, como também dos demais cidadãos e organizações sociais ou econômicas.

4 O (S) FUNDAMENTO (S) DOS DIREITOS HUMANOS

Na seara filosófica, diversas teorias ocidentais que buscam explicar os fundamentos dos direitos humanos afirmam que esses direitos são formas de realização da dignidade humana, explicitando ainda, que este seria o elemento ético nuclear dessa classe de direitos, pois eles têm como raiz o valor intrínseco à dignidade encontrada nos seres humanos (BAEZ, 2011).

Ao propor uma explicação sobre a indigência de encontrarmos uma fundamentação para os direitos humanos que ultrapasse de uma organização estatal, Comparato (2015), afirma ser isso imperativo, ou esses direitos seriam conduzidos à impossibilidade de possuírem caráter universal. Sustenta que tal fundamento só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige respeito a certos bens ou valores em quaisquer circunstâncias, independentes de estarem postos em ordenamentos estatais ou documentos internacionais.

Observam-se os importantes documentos que cuidam dos direitos humanos, de alguma forma, relacionando-os à dignidade da pessoa humana.

Mais precisamente, quanto à Carta Internacional dos Direitos Humanos (CARTA...,1945), formada por três documentos que encabeçam a estrutura normativa do sistema global, quais sejam, DUDH e os Pactos Internacionais, de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de alguma forma ou outra, mencionam a dignidade humana.

A Declaração Universal da Organização das Nações Unidas traz a conexão entre a dignidade e os direitos lá declarados, como sendo aquela, fundamento destes: *“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais*

e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.” (CARTA..., 1945).

Da mesma forma, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) afirma que os direitos lá listados “*derivam da dignidade inerente à pessoa humana.*” (CARTA..., 1945).

A Dignidade também toma relevo essencial em outros importantes documentos de direitos humanos de seara internacional. Na Declaração Geral de Direitos Humanos do Islã - Prefácio - “[...] o Islã concedeu à humanidade um código ideal de direitos humanos. Esses direitos têm por objetivo conferir honra e dignidade à humanidade, eliminando a exploração, a opressão e a injustiça [...]” (DECLARAÇÃO..., 1981).

A Carta Africana de Direitos Humanos, em seu artigo 5º, explora a dignidade fazendo menção expressa no corpo do seu texto “*Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana.*” (PIOVESAN, 2012).

Já a Carta Árabe dos Direitos Humanos a traz em seu preâmbulo “[...] *crença das Nações Árabes na dignidade humana desde que Deus a honrou.*” (CARTA..., 2004).

Além desses, como esclarece Reckziegel (2016), existem muitos outros documentos que fazem referência à dignidade humana, como por exemplo, a Declaração e Programa de Ação de Viena⁶, no Estado da Unes-

⁶ “Reconhecendo e afirmando que todos os Direitos Humanos decorrem da dignidade e do valor inerentes à pessoa humana, que a pessoa humana é o sujeito central dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, e que, conseqüentemente, deve ser o seu principal beneficiário e participar ativamente na realização desses direitos e liberdades [...]” (TRATADO INTERNACIONAL. Declaração e Programa de Ação de Viena (1993). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>. Acesso em 04 out. 2016)

co⁷, Convenção das Nações Unidas sobre Tortura de 1984⁸, na Convenção sobre o Direito das Crianças de 1989⁹ entre outros.

Contudo, Waldron (apud PERRONE; GIACOMUZZI, 2015) propõe-se a questionar a dignidade da pessoa humana por quatro razões, quais sejam, por causa do recente renascimento do estudo filosófico da dignidade; porque as pessoas continuam a discordar sobre os direitos humanos e vale a pena olhar em qualquer direção que prometa ajudar; de que forma desabrochando este estudo pode auxiliar a criar uma base para que outros valores ou princípios possam ocupar este lugar e assumir uma importância maior, trazendo benefícios aos direitos humanos; e por fim, qual o motivo da própria ideia de fundamentos para os nossos ideais políticos tem sido posta em causa.

O articulista do texto proposto apresenta a tese de que o objetivo não é colocar em descrédito a dignidade da pessoa humana, trazer outros valores ou princípios como fundamento de alguns dos direitos humanos, colocando aquele em outra posição, talvez até mesmo como objetivo dos direitos humanos.

Com um estudo mais abrangente que este trabalho se propõem, talvez possamos concluir que os direitos em comento não são todos derivados de uma mesma base, especialmente quando se pensa que eles não são estanques, ou seja, foram sendo acrescentados ao longo do tempo,

⁷ “Que la amplia difusión de la cultura y la educación de la humanidad para la justicia, la libertad y la paz son indispensables a la dignidad del hombre y constituyen un deber sagrado que todas las naciones han de cumplir con un espíritu de reponsabilidad y la paz son indispensables a la dignidad del hombre y constituyen un deber sagrado que todas las naciones han de cumplir con un espíritu de responsabilidad y de ayuda mutua [...]” (GDCC – Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Declaração sobre a raça e os preconceitos raciais. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_2/IIIPAG3_2_9.htm>. Acesso em 04 out. 2016)

⁸ Os Estados Partes nesta Convenção, considerando que, de acordo com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da

paiz no mundo, Reconhecendo que estes direitos derivam da dignidade inerente à pessoa humana [...]”Disponível em:< <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/tortura/lex221.htm>>. Acesso em 04 out. 2016)

sendo perfeitamente possível que as preocupações que motivaram tal acréscimo não sejam as mesmas da lista original.

Alia-se isso à ausência de critérios rígidos e imutáveis ou mesmo de um consenso para o conceito de dignidade da pessoa humana, como bem pudemos ver no início da explanação, e terminamos na dúvida sobre o real fundamento para os direitos humanos e na certeza da necessidade de um estudo mais aprofundado sobre o questionamento proposto. Não será a liberdade um dos fundamentos de alguns direitos humanos? Não será o princípio da utilidade de outros. E segue-se a questionar a buscar respostas.

REFERÊNCIAS

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada. *A morfologia das teorias universalistas dos direitos humanos fundamentais*. Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha/Robert Alexy...[ET AL/](org.). – Joaçaba: Editora Unoesc, 2013. Pg artigo: 17-65, citação: P 56

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (Org.). *A Realização e a Proteção dos Direitos Humanos Fundamentais – Desafios do Século XX*. Joaçaba: Unoesc, 2011.

BRASIL. *Constituição. República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: < (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) >. Acesso em: 21 jul. 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 6. ed. Portugal: Almedina, 2002.

CARTA ÁRABE DOS DIREITOS HUMANOS, 2004. Disponível em:< <https://www.passeidireto.com/arquivo/4036954/a-carta-arabe-de-direitos-humanos/1>>. Acesso em: 03 out. 2016.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, ONU, 1945

COMPARTATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DECLARAÇÃO ISLÂMICA UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1981. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/declaracao-islamica-universal-dos-direitos-humanos-1981.html>>. Acesso em: 04 out. 2016.

DECLARAÇÃO SOBRE A RAÇA E OS PRECEITOS RACIAIS. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_2/IIIPAG3_2_9.htm>. Acesso em: 04 out. 2016.

DHNET. *Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/tortura/lex221.htm>>. Acesso em: 04 out. 2016.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988.

_____. *Vigiar e punir*. 29. ed. Petrópolis: Vozes. 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso editoria, 2009.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira de. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 2 ed. Ver. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PERRONE, Claudia; GIACOMUZZI, José Guilherme. A dignidade na obra de Jeremy Waldron. *Quaestio Iuris*. Vol. 8. Número 4. Rio de Janeiro, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Temas de Direitos Humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RECKZIEGEL, Janaina. *Dignidade humana em risco: existe limite para as experiências científicas?* Curitiba: Prismas, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TRATADO INTERNACIONAL. *Declaração e Programa de Ação de Viena (1993)*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>. Acesso em: 04 out. 2016.

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS POVOS INDÍGENAS SOBRE AS TERRAS QUE TRADICIONALMENTE OCUPAM

Edson Antônio Baptista Nunes

O objetivo deste artigo é analisar os fundamentos filosóficos dos direitos fundamentais das comunidades indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Para discorrer sobre o assunto faz-se necessário à conceituação dos Direitos Fundamentais, bem como uma breve exposição do desenvolvimento histórico destes direitos para então estudarmos a relação deste com as comunidades indígenas no que tange aos direitos relativos à posse das terras por eles ocupadas.

1 DO CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL

Para discorrermos sobre os fundamentos filosóficos dos direitos fundamentais das comunidades indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, faz-se necessário a apresentação das noções gerais e a conceituação de direito fundamental, bem como a discussão de quais as características um direito deve apresentar para ser classificado como direito fundamental.

Não resta dúvidas que a atual definição dos direitos fundamentais seja fruto de um longo desenvolvimento histórico e não nasceu assim como um passe de mágica. Neste contexto, se faz necessário um retrospecto para entender a formação dos Estados modernos, bem como a adoção por estes de constituições democráticas e o reconhecimento por estas dos chamados direitos fundamentais.

Para se falar em direitos fundamentais, há que se ter presente três elementos: O primeiro deles é o Estado, o segundo é o Indivíduo e

finalmente em terceiro o texto normativo, que vai ser o regulador da relação entre Estado e indivíduos (DIMOULIS, 2007).

Embora esta conceituação venha desde a idade antiga, com Aristóteles entre outros Filósofos gregos, foi por volta do século XV, com o enfraquecimento do feudalismo e fortalecimento do mercantilismo, que tivemos a ampliação dos reinos e por consequência o início à formação dos Estados Modernos, marcadamente, influenciados pelos pensamentos de Bodin (teoria da soberania), Montesquieu (divisão de poderes), Hobbes (Leviathan), e Rousseau (contrato social) (GILISSEN, 1979).

Entre os autores contemporâneos, podemos citar Norberto Bobbio, John Rawls, Otfried Höffe, Jürgen Habermas, Wolfgang Kersting e Thomas Pogge pelas suas grandes contribuições para a fundamentação filosófica dos direitos humanos.

Podemos citar três diferentes argumentos filosóficos neste sentido: O primeiro, a questão ontológica-semântica partindo de uma definição do que seja direitos humanos; o segundo, o problema da filosofia da história bem como a questão antropológica da filosofia que envolve a natureza humana; e finalmente, o terceiro, o questionamento ético-político sobre a necessidade de fundamentar ou não os direitos humanos em contrapartida com a visão da comunidade.

Dentro deste contexto, nascem os direitos humanos. Direitos estes que gradativamente foram incorporados na ordem jurídica internacional. Os direitos Humanos, via de regra estão relacionados aos valores de liberdade e igualdade, ou seja, prerrogativas imprescindíveis para salvar e guardar as potencialidades da humanidade e potencializar uma vida digna (BOBBIO, 1992).

É importante frisar que foi com as revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) que tivemos uma verdadeira concretização das ideias novas de direitos humanos nos textos das constituições e das leis. Nelas as liberdades públicas garantem direitos subjetivos aos cidadãos, livres e

iguais perante o direito e a soberania passa das mãos dos reis e dos príncipes para os cidadãos.

Isso traz profundas alterações no Direito, principalmente, o seu processo de unificação no cenário estatal, onde cada Estado soberano tem o seu próprio Direito, fixado por órgãos legislativos. Assim, a lei torna-se, quase por toda parte, a fonte principal do Direito (GILISSEN, 1979).

Porém, é importante lembrar que a previsão de direitos humanos existia antes mesmo do chamado Estado Moderno. Porém para Paulo Bonavides (2001), foi na Revolução Francesa o momento da universalização dos direitos do homem, deixaram de ser considerados como pertencentes apenas a uma determinada classe social para abranger o homem em como um todo.

Com o surgimento dos “Estados constitucionais” que se confundem, na sua origem, com o advento do Estado Liberal e é pautado pela adoção de constituições escritas que preveem a indicação da forma de governo, a tripartição de poderes e os direitos fundamentais (BONAVIDES, 2008).

Com o advento das constituições modernas, o indivíduo passou a ser considerado um ser moral, independente e autônomo, o que possibilitou o reconhecimento de direitos individuais, tais como a liberdade, a igualdade e a propriedade.

A partir deste momento, os direitos humanos vieram a ter uma maior disseminação entre a massa da população e a se difundir pelo mundo.

Devemos deixar claro que a disseminação dos direitos do homem, não garante que todos os homens sem exceção gozarão desses direitos, independentemente das circunstâncias onde estejam. Os direitos humanos são variáveis no tempo e no espaço. Este conceito é muito claro nos dias atuais, aonde os direitos humanos vêm se expandindo e consolidando de acordo com a mudança dos momentos históricos, de valores, das transformações técnicas e culturais (COMPARATO, 2001).

Neste mesmo contexto temos os direitos fundamentais que são direitos decorrentes da dignidade humana e previstos no sistema constitucional de cada país. Para Paulo Bonavides (1996), apenas seria cabível falar sobre direitos fundamentais constitucionais quando se tem como objeto os direitos positivados na Constituição.

Sandoval Alves da Silva (2007) leciona que:

“[...] as teorias dos direitos fundamentais foram formuladas de acordo com a organização do Estado em cada época histórica, em função da relação entre o Estado e os súditos, uma vez que nessa relação se estabelecem os direitos, as garantias e as liberdades dos cidadãos”. (SILVA, 2007).

Os chamados direitos de primeira geração referem-se aos direitos individuais e políticos, que tem como finalidade limitar o poder opressor do Estado contra os cidadãos à época. Tiveram origem nas doutrinas iluminista e jusnaturalista, dos séculos XVII e XVIII, englobando a vida, liberdade, propriedade, igualdade formal, as liberdades de expressão coletiva, os direitos de participação política e, ainda, algumas garantias processuais individuais.

Portanto, o principal ponto de diferença entre os direitos humanos e fundamentais é a previsão constitucional dos direitos fundamentais.

Para alguns autores, como Marcelo Campos Galuppo (2003), os direitos fundamentais são a constitucionalização dos direitos humanos. Embora os direitos fundamentais coincidam em grande parte com os direitos humanos, não é correto entender que os direitos fundamentais de um país decorram exclusivamente da sua positivação.

Esta afirmativa tem razão, uma vez que também são considerados direitos fundamentais aqueles que, mesmo não expressos na Constituição, são decorrentes de tratados internacionais e do regime e princípios constitucionais.

Por outro lado, para Dimoulis e Martins (2007), para se falar em direitos fundamentais, há que se estar presente três elementos: Estado, indivíduo e texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos.

Nas constituições modernas, o indivíduo passa a ser considerado um ser moral, independente e autônomo, o que possibilitou o reconhecimento de direitos individuais, tais como a liberdade, a igualdade e a propriedade.

Os direitos fundamentais são representantes de um sistema de valores concreto, de um sistema cultural que deve orientar o sentido de uma vida estatal contida em uma Constituição (HERNANDEZ, 1995).

Neste sentido, com o decadência do Estado Liberal, começa a aparecer o que conhecemos como o Estado Social ou “*Welfare State*”, que teve como objetivo principal a minimização da injustiça através da maior qualidade de vida a todos os indivíduos. Inicia-se assim o Estado intervencionista e assistencial, com adoção de varias medidas nesta área.

Do ponto de vista formal, podem ser designados como direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Já do ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem os seus direitos fundamentais específicos.

Os direitos humanos são distintos dos chamados direitos da cidadania ou de outros direitos que são próprios de instituições políticas, individualistas ou associativas. Eles estabelecem um padrão de decência das instituições políticas e sociais (RAWLS, 2004).

Para alguns doutrinadores brasileiros, os direitos Fundamentais são todas as posições jurídicas pessoais, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo foram integradas ao texto da Constituição, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não assento na Constituição formal (SARLET, 2006).

Importante salientar que a tarefa de estabelecer um conceito unívoco e preciso das mencionadas pretensões é árdua. A origem da expressão “direitos fundamentais” é tedesca e, representa os direitos positivados nos documentos constitucionais (SILVA, 2007).

Os direitos humanos fundamentais representam uma dimensão básica de satisfação da dignidade humana. Ele possui atributos fundamentais dos seres humanos que lhes é inerente desde o seu surgimento na terra. Ressalta-se a importância da preservação da diversidade que cada cultura realiza a dimensão cultural da dignidade humana impondo-se como único limite a essas tradições a não violação do conceito básico que distingue o ser humano de um objeto preservando a sua dignidade (BAEZ, 2011).

A dignidade básica do ser humano pode ser conceituada com um conjunto de direitos elementares que evitam a simples coisificação do ser humano, esta em todos os seres humanos indistintamente, pois diz respeito à característica que o mesmo possui independente de cor, raça, religião, credo ou ideologia (BAEZ, 2011).

Sem o desejo de exaurir o conceito de direitos fundamentais, Coelho (2009) exprime que eles “são componentes de um regime democrático livre, sendo sua principal função possibilitar a existência e proteger a permanência deste regime” (COELHO, 2009).

Para Sarlet, direito fundamental é:

Os direitos fundamentais exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e proteger, valores esses que, de outra parte, alcançam uma irradiação por todo o ordenamento jurídico – público e privado – razão pela qual de há muito os direitos fundamentais deixaram de poder ser conceituados como sendo direitos subjetivos públicos, isto é, direitos oponíveis pelos seus titulares (particulares) apenas em relação ao Estado. (SARLET, 2007).

Os direitos fundamentais como dimensão de atuação dos direitos humanos, não necessitam de positivação para existirem, pois o seu

fundamento esta na própria dignidade, em seu nível mais básico que é inerente a todos os seres humanos (BAEZ, 2011).

Os direitos fundamentais são concebidos como princípios supremos do ordenamento jurídico, não só na relação do indivíduo com o poder público, atuando em forma imperativa. Afetam, também, a relação recíproca dos atores jurídicos particulares e limitam sua autonomia privada, regendo-se, então, como normas de defesa da liberdade e, ao mesmo tempo, como mandados de atualização e deveres de proteção para o Estado.

A concepção dos direitos fundamentais revela uma dupla dimensão, considerada como direitos subjetivos e objetivos. Na primeira perspectiva, as pretensões constitucionais afiguram-se como garantia concedida aos indivíduos e tutelam a liberdade, a autonomia e a segurança da pessoa humana frente ao Estado e aos demais membros do corpo social. Na segunda dimensão, tais direitos atuam como fundamento da ordem político-jurídica do Estado, que se propõem a emanar uma ordem dirigida ao Ente Público, no sentido de que a ele incumbe a obrigação permanente de concretização e realização de tais pretensões essenciais (GOMES; FREITAS, 2016).

Os direitos fundamentais visam à proteção não só contra particulares, mas também de receber prestação do Estado. Esses direitos relacionam-se com cada momento histórico, em posições jurídicas essenciais que concretizam as exigências da liberdade, igualdade e dignidade entre os seres humanos. Desse modo, são elementos essenciais da ordem democrática.

Os direitos fundamentais são representantes de um sistema de valores concreto, de um sistema cultural que deve orientar o sentido de uma vida estatal que esta normatizada em uma Constituição. (HERNANDEZ, 1995).

Buscando uma justificação filosófica para a questão, Habermas afirma que os direitos s fundamentais, são os direitos humanos adotados por determinado ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito (DELGADO, 2002).

Porém este conceito resta muito frágil, uma vez que atualmente existem inúmeros Estados onde esta positivação ou não existe ou é muito fraca do ponto de vista de garantia destes direitos.

Neste sentido, os doutrinadores pátrios nos parecem trazerem uma definição mais moderna e ampla dos direitos fundamentais.

Os Direitos fundamentais são, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (SARLET, 2007).

Os direitos humanos são um conjunto de valores étnicos. As dimensões dos direitos humanos demandam por sua própria natureza a observância incondicional em todos os povos com suas respectivas culturas é o caso do conjunto de direitos humanos que protege os indivíduos contra a escravidão e não permite nenhuma oposição legal ou moral a essa observância (BAEZ, 2011).

Durante a fase do constitucionalismo liberal clássico, as pretensões essenciais serviam de proteção do cidadão contra as afrontas do Estado. Neste sentido, Dimoulis e Martins (2007) ensinam:

“direitos fundamentais são direito público-subjetivos de pessoas (física ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”. (DIMOULIS; MARTINS, 2007).

Esta conceituação atualmente encontra-se ultrapassada devido a rápida evolução nesta área pelo Estado e pela sociedade e, pelo de-

envolvimento dos direitos e das garantias fundamentais. Atualmente, a abrangência dessas pretensões públicas são maiores, uma vez que além de defender a pessoa contra os entes estatais, também a defende contra outros particulares.

Os direitos fundamentais são componentes de um regime democrático livre, com função de possibilitar a existência e proteger a permanência deste regime (COELHO, 2009).

Assim também conceitua os direitos fundamentais, Biagi (2005):

Os direitos fundamentais são princípios supremos do ordenamento jurídico, não só na relação do indivíduo com o poder público, operando em forma mandatória. Mas afetam também a relação jurídica entre os particulares limitando sua autonomia privada, regendo-se então, como normas de defesa da liberdade e como mandados de atualização e deveres de proteção para o Estado. (BIAGI 2005).

As aspirações constitucionais e a democracia são indissociáveis, uma vez que o ideal democrático se realiza, especialmente, pelo compromisso na efetivação dos direitos fundamentais. Para Biagi, “os direitos fundamentais constituem os pressupostos sobre os quais deve-se edificar qualquer sociedade democrática.” (BIAGI, 2005).

Os direitos fundamentais possuem dupla dimensão, sendo elas subjetivas e objetivas. Para a dimensão subjetiva, as pretensões constitucionais afiguram-se como garantia concedida aos indivíduos e tutelam a liberdade, a autonomia e a segurança da pessoa humana perante o Estado e aos outros membros da sociedade.

Por sua vez, na segunda dimensão, qual seja a subjetiva, os direitos operam como fundamento da ordem político-jurídica do Estado, que provém uma ordem apontada ao Ente Público, que lhe encarrega à obrigação constante de concretização e efetivação destas pretensões capitais.

E importante salientar que os direitos fundamentais nasceram com o intuito de proteger o cidadão Estado, e nos dias atuais, progrediram

e estão protegendo os cidadãos também dos outros cidadãos. Isto faz nascer a possibilidade de o indivíduo receber alguma prestação do Estado. Esses direitos relacionam-se com cada momento histórico, em posições jurídicas essenciais que concretizam as exigências da liberdade, igualdade e dignidade entre os seres humanos. Desse modo, são elementos essenciais da ordem democrática (SARLET, 2007).

Para Sarlet (2007),

direitos fundamentais são, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal”.

Não querendo fechar a discussão e tão pouco estabelecer uma definição absoluta para a dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet (2007) diz que esse princípio não pode ser conceituado de maneira estática. O estabelecimento de rígidos contornos conceituais não se harmonizaria com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual seria mais correto afirmar-se que, também aqui, se teria um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. Imutável, como é a sociedade.

Nesse sentido, as ambições públicas subjetivas podem ser depa-
radas em várias partes da nossa Constituição da Republica, bem como em tratados internacionais, inclusive passíveis de constituir direitos não escritos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

Importante se faz citar que disse Oliveira sobre o tema, uma vez que estamos aqui tratando dos direitos indígenas

O direito deverá juntar os princípios aos quais os indivíduos devem estar submetidos, quando pretendem orientar a

vida social através do direito. Deverá, portanto, englobar os princípios que tornem possível o processo de legitimação de direitos. Tais princípios serão os chamados direitos fundamentais. Os direitos fundamentais exprimem as condições de possibilidade de um consenso racional acerca da institucionalização das normas do agir” (OLIVEIRA, 2002).

Para finalizarmos, é importante salientar que embora trabalharemos com mais profundidade sobre o tema mais a frente, a fundamentalidade do direito dos índios sobre a posse de suas terras, nos termos do art. 5º, §2º, CF pode se justificar tanto por decorrência de tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil seja parte; quanto por decorrência do regime e dos princípios adotados pela CF 88 (SARLET, 2007).

Ora, se o direito dos índios sobre suas terras está contemplado em vários documentos internacionais de declaração de direitos humanos, pode-se, então, considerá-lo como um direito fundamental, sustentando a legitimidade e a repercussão desse direito internacionalmente reconhecido.

1.2 FUNDAMENTO JUS-FILOSÓFICO E NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PROPRIEDADE PRIVADA

Quando falamos em propriedade, tocamos em um assunto que é objeto de muita discussão e muito estudo, desde as eras mais remotas. Podemos iniciar citando os ensinamentos de Platão, Aristóteles, Tomás de Aquino, Hegel, Hobbes, Locke, Hume, Kant, Marx e Mill entre outros tantos filósofos.

Alguns autores da antiguidade ao falar sobre a relação entre propriedade e virtude, era um assunto adequado para discussão desde que explique a propriedade privada e não alçam sérias questões sobre a legitimidade da atividade de auto-interesse. Exemplo disso é Platão em República, que disse que a propriedade coletiva era necessária, mas deveria promover a busca de um interesse comum, e deveria ter a função de evitar a divisão social.

Por outro lado, a resposta de Aristóteles foi que a propriedade privada promove virtudes como prudência e responsabilidade: “nem todo mundo tem um interesse distinto, se os homens não reclamarem um do outro, irão fazer mais progressos, porque cada um vai estar presente na sociedade com o seu próprio negócio.” (ARISTÓTELES).

Outra reflexão de Aristóteles foi sobre a relação entre propriedade e liberdade, e qual é a contribuição que a propriedade pode trazer a uma pessoa no sentido de torná-la livre e, portanto, adequado para a cidadania.

Estes temas ainda são objetos de discussões modernas, principalmente entre as teorias republicanas, embora as teorias modernas de cidadania tendam a começar com uma impressão de quem deveriam ser os cidadãos e posteriormente eles deveriam possuir propriedade, em vez de usar existente riqueza como um critério independente para a franquia (KING; WALDRON, 1988).

Na era moderna os filósofos voltam sua atenção para a maneira na qual a propriedade poderia ter sido instituída, com Hobbes e Hume argumentando que não há ‘meu’ singular ou ‘teu’, e que a propriedade deve ser entendida como a criação do estado soberano (HOBBS, 1983).

John Locke (1988), foi inflexível ao afirmar que a propriedade poderia ter sido instituída em um estado de natureza sem quaisquer convenções especiais ou decisões políticas. (LOCKE, 1988).

Importante notar que neste contexto, os positivistas apresentam sua teoria onde o fundamento do direito não ultrapassa o relacionamento do homem com a sociedade e, portanto, se assenta em pressuposto que diz que as leis tem validade e a ela se deve obediência se organizadas por regras aceitas pela sociedade e por autoridade legitimada pelo mesmo princípio.

Neste sentido, a teoria de Locke é largamente sopesada como a mais interessante das discussões canônicas de propriedade. Isso se deve ao fato de como ela iniciou. Locke, toma como ponto de partida o fato de

que Deus deu ao mundo aos homens em comum, ele reconhece desde o início que os direitos privados trazem consigo um problema moral.

Como a grande maioria das áreas políticas abordadas por filósofos políticos, a discussão da propriedade está abarrotada de problemas de definição. O primeiro problema que traz uma grande dificuldade a esta questão diz respeito a distinção entre propriedade e propriedade privada.

Outro ponto que tem gerado polemicas e discordâncias filosóficas diz respeito a utilização da propriedade, e como se dá o uso deste recurso pelas pessoas. Alguns têm sugerido que as relações de propriedade só fazem sentido em condições de escassez. (HUME, 1888).

Na busca de encontrar um fundamento jurídico-filosófico de existência da propriedade privada enquanto direito humano, é importante projetar a estrutura jurídico-filosófica de fundamentação dos próprios direitos humanos que se mostra a mais adequada para uma compreensão conjunta de todos os direitos humanos como direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

O estudo desta estrutura jurídico-filosófica faz-se muito importante para que possamos entender o direito à propriedade privada com um viés de função social. É pacífico que a corrente majoritária da doutrina, tanto dentre os filósofos do direito como dentre os internacionalistas e, especialmente, dentre os civilistas, acolhe sem maiores questionamentos a ideia de que os direitos humanos se fundamentam nos direitos naturais.

Para tanto também é importante ditarmos que existem arranjo de propriedade: a propriedade comum, a propriedade de forma coletiva e finalmente a propriedade privada.

A citação do parágrafo anterior é importante para entendermos que os estudos de Kant sobre a propriedade, são menos conhecidos do que os estudos realizados por Locke, porém este é mais formal e abstrato.

Nos estudos de Kant, ele concluiu que “é um dever do direito de agir para com os outros, para que o que é externo no tocante a propriedade, ou melhor utilizável, também possa se tornar útil ao outro” (KANT, 1991).

Como citado por Tramontina e Hahn, tratando do imperativo categórico, afirmam que “O ser humano pode agir de tal forma que use a humanidade tanto na sua própria pessoa, quanto em uma outra, como um fim e nunca como um meio para atingir este fim” (TRAMONTINA, 2013).

Para Kant, desde o momento da apropriação de um recurso, como no caso a propriedade privada, isso afeta a posição de todos os outros (que institui direitos sobre eles que de outra forma não teria). Isso não poderia gerar legitimidade plena, através da ação unilateral, ou seja, isto deve ser aprovado por um acordo que respeite os interesses de todos os envolvidos neste contexto.

Neste sentido, para finalizarmos, dentro do conceito e do entendimento filosófico moderno dominante, o princípio fundamental, exige que as pessoas ajam de modo que os objetos externos que possam ser utilizados como propriedade também os obriga a entrar em uma constituição civil. Isso irá realmente deliberar quem será o proprietário e do que, em uma base que seja justa para todos os membros da comunidade.

Este conceito será muito importante mais a frente para entendermos como isso pode influenciar na tomada de decisão sobre os direitos fundamentais a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas.

1.3 A PROPRIEDADE COMO QUESTÃO FILOSÓFICA.

Antes de iniciamos a discorrer sobre este tema, devemos nos fazer alguns questionamentos como: O que na propriedade chama interesse aos filósofos? Por que os filósofos querem entender e estudar a questão da propriedade?

Para alguns doutrinadores a propriedade não deveria ser algo de interesse dos filósofos, para outros como John Rawls as demandas sobre o sistema de propriedade são questões secundárias ou derivativos, e devem ser tratadas de forma pragmática e não como questões em filosofia política (RAWLS, 1971).

Para alguns filósofos modernos, mesmo, tendo a sociedade que decidir se a economia vai ser organizada com base em mercados e propriedade privada, ou na base de controle coletivo central, existe pouco a se contribuir para estes debates filosoficamente falando.

Por outro lado, neste contexto, Rawls disse que é melhor discutir os princípios abstratos de justiça que deverão condicionar o estabelecimento de quaisquer instituições sociais, do que tentar resolver uma série de perguntas a priori da estratégia social e econômica (RAWLS, 2004).

Porém, devido a crescente preocupação que se tem com a disciplina e a ordem pública, é difícil negar que as questões sobre propriedade devem ser assentadas em termos que são bastante abstratos para uma abordagem filosófica.

Rawls prefere falar de justiça em vez de propriedade, uma vez que as questões de fato sobre propriedade fatalmente implicam em algumas das questões sobre a justiça que têm preocupado os filósofos políticos na atualidade (RAWLS, 2004).

Para alguns filósofos, ainda é importante salientar que os direitos de propriedade em uma economia de mercado devem ser tratados como persistentes à redistribuição e, talvez, como insensível à justiça distributiva em geral, exceto, possivelmente, no momento da sua dotação inicial (NOZICK, 1974).

Neste sentido podemos refletir sobre o que a filosofia espera da própria relação de propriedade? Existe algum interesse filosófico inerente à natureza da relação do indivíduo a recursos materiais? Quando alguém diz X é meu e X é uma ação, vemos questões interessantes sobre a

intencionalidade, o livre-arbítrio e é exatamente este o ponto em que os filósofos vão querer caminhar.

Esse foi o raciocínio de David Hume. Disse ele: “Não há nada de natural propriedade privada”. Para ele a contrariedade de nossas paixões e a “frouxidão e fácil transição de objetos materiais de uma pessoa para outra” significa que qualquer situação em que alguém detiver ou utilizar um recurso é sempre vulnerável ao rompimento, pois este recurso pode passar para outro (HUME, 1978).

Importante frisarmos que não só a propriedade, mas também a posse é estabilizada por regras sociais, não há uma relação segura entre pessoa e coisa. Alguns acham que deveria haver, porém não existe. Como exemplo, podemos imaginar que uma pessoa tem o direito moral de algo que ele fez e que a sociedade tem a obrigação de dar apoio legal a este direito moral.

Porém para Hume, devemos questionar o que é para a sociedade o dever de fazer cumprir as regras desse tipo, antes de podermos chegar a conclusões sobre o significado normativo da relação entre a pessoa em particular e qualquer coisa que possa ser uma propriedade.

Para ele, esta relação não é natural, mas sim moral, e fundada na justiça. Seria um grande absurdo, portanto, imaginar, que podemos ter qualquer noção de propriedade, sem compreender plenamente a natureza da justiça, e mostrando a sua origem no artifício e inventividade do homem. A origem da justiça explica que a propriedade. A mesma estratégia dá origem a ambos (HUME, 1978).

Esta noção de que a questão da propriedade alça dúvidas sobre as alicerces gerais da organização social já havia sido anunciado por Thomas Hobbes. Hobbes considera a propriedade como a chave para a filosofia política (HOBBS, 1983).

Para ele, as regras de propriedade eram o produto do poder de autoridade reconhecida de um soberano, onde os governos poderia garantir a paz e torná-la segura para os homens a deixar-se levar em funções

sociais e económicas que ultrapassam a sua capacidade de se proteger usando sua própria força individual.

Por outro norte, Hume, ao contrário, estava mais interessado na possibilidade de que a liquidação relevante pode emergir como convenções de interações humanas comuns e não como imposição de uma figura reconhecida em autoridade (HUME, 1978).

Neste sentido, se admitirmos que filosoficamente falando a propriedade seja o produto de regras sociais, e que o pensamento normativo sobre ela deva ser precedida de pensamento normativo sobre a sociedade, pode haver fatos sobre a condição dos direitos humanos que fornecem premissas filosóficas neste sentido.

Para alguns autores contemporâneos como John Locke, buscam pensar sobre como uma soberania individual. De acordo com G.A. Cohen (1995) uma pessoa possui a si mesmo quando ele tem todo o controle sobre seu próprio corpo que “senhor” teria sobre ele, caso fosse ele um escravo.

Para abordarmos esta questão, trazendo à baila a questão indígena, devemos escolher entre os princípios de igualdade e os princípios da auto-propriedade.

Este debate não é leve, mas buscando uma síntese, podemos afirmar: alguns argumentam que o que possuímos para com os outros (propriedade), devem ser respaldados pela primeira vez, antes que possa existir qualquer dúvida desta propriedade por nós mesmos, nossos corpos, ou outros recursos materiais; outros, por sua vez, argumentam que qualquer tentativa neste sentido levará a resultados contra-intuitivos (NOZICK, 1974).

Existe ainda neste sentido, outra questão, se auto-propriedade oferece uma base para pensar sobre a propriedade de outra forma do que meu corpo, ou seja, como objetos externos? John Locke sugeriu que quando alguém trabalha em um objeto ou cultiva a terra, ele estaria projetando algo de sua própria auto-propriedade na coisa criada, ou no produto colhido (LOCKE, 1988).

Esta afirmação de Locke, nos leva a conclusão de que os direitos humanos, e assim a propriedade privada, não nascem da inferência de um filósofo ou do ato de um jurista, ou mesmo de um legislador, mas sim de uma demanda social.

Esta ideia que junta o trabalho com a necessidade social, parece ser um pouco do argumento que justifica a propriedade privada, em vez de um argumento que fundamenta seu próprio direito.

Este assunto foi trabalhado por Hegel, onde ele sugeriu que o fato de possuir uma propriedade ajuda o indivíduo a “substituir a mera subjetividade da personalidade” (HEGEL, 1991).

Assentadas tais premissas, podemos dizer que filosoficamente falando, o direito à propriedade privada existe na medida em que ocorra uma formulação que esteja socialmente objetivada em uma sociedade. Para as sociedades onde ela não esteja socialmente objetivada, como aquelas presentes nos Estados socialistas, por exemplo, a propriedade privada não é direito, mas apenas noção.

Assim podemos claramente afirmar que a propriedade privada, enquanto formulação linguística socialmente objetivada é, portanto, direito humano, é um direito individual – ou de uma coletividade individual, ou seja, uma coletividade específica dentro da sociedade de um Estado Nacional.

Isso, por sua vez, requer uma obrigação negativa do Estado, na medida em que o mesmo Estado, por meio de uma obrigação positiva, harmonize aquele direito individual aos direitos da coletividade que se inter-relacionam.

Este nos parece o fundamento basilar do direito de propriedade as terras tradicionalmente ocupadas por indígenas.

Neste sentido, e não apenas no que concerne ao direito à propriedade, como assevera a doutrina, em todos os casos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais – há aspectos e conteúdos de direitos de exigibilidade imediata. (PINTO, 2009).

Assim, apreendesse que a aplicabilidade de tais direitos, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos, passou primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram sua eficácia limitada. (BONAVI-DES, 2007).

Feita esta análise, nos parece muito claro que a superação da já ultrapassada dicotomia geracional dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, aliada ao solene reconhecimento por parte do Brasil da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conferem o incontestado mutualismo entre a propriedade privada e a sua inalienável função social. É dizer, quando existe, como é no caso do ordenamento jurídico brasileiro, a propriedade privada não pode prescindir de sua função social.

Com isso, negar esta propriedade aos indígenas das terras tradicionalmente por eles ocupadas, além de infringir em uma violação de direitos fundamentais, incorre em um não cumprimento da função social do Estado.

1.4. DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS POVOS INDÍGENAS SOBRE AS TERRAS QUE TRADICIONALMENTE OCUPAM

Como citado anteriormente, o direito deve englobar os princípios aos quais os indivíduos devem estar submetidos, quando pretendem orientar a vida social através do mesmo. Deve englobar os princípios que tornem admissível o processo de legitimação de direitos. Tais princípios serão os chamados direitos fundamentais. Os direitos fundamentais exprimem as condições de possibilidade de um consenso racional acerca da institucionalização das normas do agir (CATTONI, 2002).

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares dentro de um caso concreto, é plenamente possível que exista a possibilidade de renúncia ou negociação dessas pretensões (SILVA, 2008).

É importante observar que os dispositivos previstos na Constituição Federal, como direitos fundamentais, possuem prerrogativas maiores dentro do sistema constitucional. Assim, quando uma norma da CF é considerada “direito fundamental”, passa a ser considerada de aplicabilidade imediata e eficácia plena (art. 5º, §2º, CF); é havida como cláusula pétrea, impossibilitando a sua revogação pelo poder constituinte derivado (art. 60, §4º, CF).

Por sua importância, os caros valores de justiça essenciais às relações existenciais e ao respeito à pessoa que são conformados no arcabouço principiológico da Constituição são percebidos em sua fundamentalidade, sendo a eles atribuída a classificação de “direito fundamental”, com todas aquelas características essenciais.

Neste sentido é importante nos lembrar dos conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais para que possamos identificar claramente e com nitidez o direito fundamental das comunidades indígenas as terras tradicionalmente por elas ocupadas.

Os direitos humanos são universais e não aceitam restrições legais ou morais sobre o seu conteúdo, uma vez que estes estão morfológicamente relacionados à proteção da dimensão básica da dignidade, que é inerente a todos os seres humanos. Eles representam o limite mínimo que deve ser observado por todas as nações na regulação de suas práticas morais (BAEZ, 2011).

Neste contexto, o direito dos indígenas sobre as terras por eles tradicionalmente ocupada são direitos fundamentais. Neste sentido, a Constituição federal em seu art. 231, confere maior logística a este dispositivo que trata sobre a posse dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas e, com isso, faz frente ao direito fundamental de propriedade civil dos não indígenas.

Mister salientar que mesmo as comunidades indígenas com maior contato com a sociedade branca, mantém a cultura e a tradição do uso da

terra tradicionalmente ocupada e esta relação com a terra serve como suporte para transmissão e manutenção de sua cultura e de seus costumes.

Nestes termos, privar os índios da posse de suas terras tradicionais poderá comprometer a dignidade das suas vidas. Neste sentido, podemos considerar a posse indígena sobre as terras tradicionais um direito fundamental, uma vez que sem esta, sua dignidade resta comprometida.

É fundamental destacarmos a grande importância da terra para as comunidades indígenas, porém este fato não pode se tornar uma prisão, pois a liberdade para a escolha pertence a cada cidadão e a cada comunidade em particular (CALEFFI in BAEZ, 2011).

A importância de se enquadrar o direito indígena como um direito fundamental aflora no presente contexto histórico, político e social, decorrentes do sistema neoliberal. Neste contexto, a globalização política na esfera na normatividade jurídica introduz novos direitos, entre eles o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo (BONAVIDES, 2010).

Torna-se cada vez mais forte a necessidade de implementação desses direitos para salvaguardar a convivência entre os povos. Na formação de uma sociedade pluralista, não se deve pretender a uniformização dos grupos humanos. Ora, constantemente se acentua que o papel de uma Constituição moderna não é aquela de simplesmente retratar a vontade comum de um povo, expressa pela maioria de seus membros, mas principalmente a de garantir os direitos de todos, inclusive contra a vontade popular (FACCHINI, 2003).

Neste sentido, a determinação de que a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas deve ser destinada a essas comunidades, visa não só preservar o direito ao bem material destas comunidades, mas de manter a identidade e a cultura da mesma.

Atualmente é preciso pensar na ideia não só de uma superfície para os índios, mas também na representação peculiar que os povos indígenas possuem sobre estas terras (SANTILLI, 2011).

A posse dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam é o meio mais eficiente que eles possuem para manter os traços que distinguem a sua cultura e forma de vida e a conseqüente convivência harmoniosa com a coletividade e a preservação de sua cultura e costumes.

Para alguns autores, devemos considerar que, para populações indígenas, a terra não representa simplesmente uma posse ou meios de produção. É também essencial para entender a função espiritual e a relação dos povos indígenas com a Mãe Terra como base para a sua existência e a todos suas crenças, costumes, tradições e cultura (ANAYA, 2005).

A jurisprudência brasileira apresenta um modo de argumentação extremamente lógico-formal que prejudica a melhor interpretação da legislação pátria. Nesse sentido é necessário que se crie um espaço para que com responsabilidade e cautela, com para os pontos de vistas valorativos se busque a alcançar a justiça social e material (KRELL, 2000).

Neste sentido, faz-se importante o reconhecimento da posse indígena como um direito fundamental, o que pode ser um instrumento jurídico eficaz para a pacificação social. Daí a importância do debate sobre a superioridade de prerrogativas que os direitos fundamentais vêm a ter dentro do sistema, posto que, cada vez mais, existem conflitos que envolvam a posse indígena em face de outros direitos fundamentais e que reclamam uma solução pelo Judiciário. Assim, a adoção dessa teoria sobre a natureza da posse indígena tem como fim auxiliar na sua efetivação e solução deste conflito de direitos fundamentais.

Podemos afirmar que entre os direitos indígenas reconhecidos pela Constituição federal de 1988, um dos mais importantes sem sombra de dúvida é o direito fundamental a posse das terras tradicionalmente ocupadas por esta comunidade, uma vez que às terras, é o principal alvo das reivindicações dos indígenas.

O direito à terra, entendida como o espaço de vida e liberdade de um grupo humano, é a reivindicação fundamental dos povos indígenas brasileiros e latino-americanos (SOUZA, 2005).

Como citado anteriormente neste trabalho, o art. 231 da Constituição federal é o maior marco deste direito fundamental.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e **os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam**, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º. O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º. As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º. É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito à indenização ou a ações contra União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º. Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3º e 4º.

Ou seja, conforme assegurado no artigo 231, §1º de nossa Constituição, são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios:

- (a) as por eles habitadas em caráter permanente;
- (b) as utilizadas para suas atividades produtivas;
- (c) as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar;
- (d) as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Neste sentido tem se posicionado recentemente o Superior Tribunal Federal em julgados recentes, que visam esclarecer a questão da posse e de áreas tradicionalmente ocupadas por indígenas.

No RE 219.983, o Min. Nelson Jobim destacou, em relação ao reconhecimento de terras indígenas, que:

Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área. É um dado efetivo em que se leva em conta o conceito objetivo de haver a posse. É preciso deixar claro, também, que a palavra ‘tradicionalmente’ não é posse imemorial, é a forma de possuir; não é a posse no sentido da comunidade branca, mas, sim, da comunidade indígena. Quer dizer, o conceito de posse é o conceito tradicional indígena, mas há um requisito fático e histórico da atualidade dessa posse, possuída de forma tradicional. (RE 219.983, julg. em 9.12.1998).

Neste sentido, também foi o posicionamento do Min. Ayres Brito no Pet. 3.388RR (Caso Raposa Serra do Sol):

Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação

do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.”

Importante se faz salientar que o direito dos indígenas às terras deve ser classificado como direito coletivo, uma vez que este direito pertence à coletividade, a um grupo de pessoas determinadas ou determináveis unidas por uma relação jurídica-base.

Nesse sentido, pronunciam-se Alterini, Corna e Vázquez (2005):

En verdad, la Convención 169 no plantea la alternativa entre propiedad individual y colectiva (o comunitaria), a diferencia de la no 107 que sí lo hacía, y es obvio que ello obedece a que descarta la propiedad indígena individual, pues el único titular que admite es el pueblo interesado, y ello, en todos los artículos atinentes a las tierras. Es de toda lógica, que si el único sujeto es el pueblo interesado, mal pueden existir derechos de propiedad particular en favor de individuos a los que aisladamente no se les reconoce la condición de sujetos de esa titularidad (ALTERINI, 2005).

Na medida em que o Brasil cresce, a população indígena decresce. Independentemente do período histórico – colônia, monarquia, república, ditadura ou democracia – nota-se sempre a discriminação sofrida pelos índios: pressões sobre suas terras, desleixo com sua saúde e sua educação, desrespeito, injustiça e perseguições que sofrem, vindas de todos os quadrantes da nação (GOMES, 2012).

A Constituição Federal têm sido aclamada por grande parte da doutrina indigenista, em razão de considerar as terras indígenas como advindas de um direito ‘originário’, o que quer dizer que antecede à chegada dos portugueses.

Com tal interpretação, muitos juízes deferiram processos de demarcação acatando o direito originário como carro-chefe da argumentação.

Darcy Ribeiro entende que aos índios “afortunadamente, foram reconhecidos os seus direitos constitucionais à posse das terras em que

vivem e que são indispensáveis à sua sobrevivência”. Entretanto, complementa que “sinistras vozes se levantam querendo revogar a demarcação dessas terras” (RIBEIRO, 2010).

O reconhecimento dos direitos dos índios pela Constituição Federal é uma grande inovação. As terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades de indígenas são bens da União, competindo a ela, a demarcação, proteção e respeito a todos os seus bens. Consideram-se habitadas em caráter permanente, as utilizadas para fins produtivos, bem como aquelas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais a seu bem-estar.

Souza Filho (2005) faz excelentes considerações neste sentido:

Utilizando institutos jurídicos existentes e complexos, como a diferença entre posse e propriedade, a lei brasileira logrou criar uma situação especial para os povos indígenas e seus territórios, fazendo-os de propriedade pública, estatal, e posse privada, mas coletiva, não identificável individualmente. O conceito jurídico de terra indígena, portanto, foi construído a partir da realidade, a ocupação da área pelo povo indígena, mas caracterizou-a como um atributo jurídico, a posse. No sistema jurídico brasileiro atual, a terra indígena é propriedade da União Federal, mas destinada à posse permanente dos índios, a quem cabe o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Importante salientar que cabe ao Congresso Nacional a autorização para aproveitamento dos recursos hídricos e da lavra das riquezas minerais, dentro de terras indígenas, necessitando da anuência dos indígenas e também da participação nos resultados, conforme determina o § 3º do art. 231 da Constituição Federal. Esta anuência deve ser feita de forma clara e com a devida consulta a comunidade indígena envolvida.

Atualmente existe o reconhecimento da capacidade indígena, que agora pode ingressar em juízo na defesa dos seus direitos, sem depender de intermediação. Neste sentido acaba-se a tutela indígena “protetiva” e surge a tutela constitucional de proteção dos interesses indígenas, o que é completamente diferente (BARBIERI, 2008).

Essa mudança e o avanço da Constituição Federal de 1988, marca um recomeço na busca do reconhecimento das diversidades, procurando uma interação entre eles, sem o rompimento de tradições culturais e de identidade.

Segundo Antônio Carlos Wolkmer (2003), a Constituição elevou os direitos já protegidos no Estatuto do Índio, ao nível constitucional, e esta constitucionalização realçou a organização social, os costumes, as línguas, as crenças, e as tradições indígenas e terminou com a concepção evolucionista de assimilação, como se as populações indígenas fossem realidades transitórias.

Devido sua afetação a fins públicos, assim como os bens de uso especial, as terras indígenas, estão fora do comércio jurídico de Direito Privado, não podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo Direito Privado, pois se submetem a um regime jurídico próprio, que tem como características a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade, a não suscetibilidade de usucapião e a impossibilidade de oneração.

Quanto à intangibilidade das terras indígenas, Ferreira (2002) elucida que, *in verbis*:

As terras habitadas tradicionalmente pelos índios constituem bens públicos federais e são por consequência intangíveis. A Constituição prescreve que tais terras são inalienáveis e indisponíveis, bem como imprescritíveis os direitos sobre elas. Assim sendo, as terras ocupadas pelas comunidades indígenas caracterizam-se por sua inalienabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade. Também as terras indígenas são imunes à ação expropriatória do Poder Público, conforme a Lei federal no 6.001/73, art.38. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constituem *res extra commercium*, uma vez que não podem ser objeto de arrendamento, ato ou negócio jurídico restritivo do pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.

Para finalizar nosso trabalho, chegamos à conclusão que o direito de ocupação das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas é um direito fundamental coletivo, pertencente à coletividade, ou seja, a comu-

nidade indígena que ocupa a referida área e que esta comunidade esta protegida por uma relação jurídica-base.

REFERENCIAS

ALTERINI, Jorge H.; CORNA, Pablo M.; VÁZQUEZ, Gabriela A. *Propiedad Indígena*. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, 2005.

ANAYA, James. Indigenous peoples' participatory rights in relation to Decisions about natural resource extraction: the More fundamental issue of what rights indigenous Peoples have in lands and resources. <http://hej-nonline.org>. Thu Jul 14 2016

ARISTÓTELES, *A política*, Stephen Everson (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada. A morfologia das teorias universalistas dos Direitos Humanos Fundamentais. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (org). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed: Unoesc, 2013.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas. (ORG.) *A realização e a proteção dos direitos humanos fundamentais – Desafios do século XXI*. Joaçaba: Ed: Unoesc, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *A quinta geração de direitos fundamentais*. Instituto Latino-americano de Estudos Constitucionais, Fortaleza, 2008. Disponível em: <<http://www.estudosconstitucionais.com.br/site/i/artigos/7.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. ***Direito constitucional***. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. *Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 17, n. 67, 2009

COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itaussu A. *História do Brasil*. 11. ed. São Paulo: Scipione, 1999.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil – História, Direitos e Cidadania*. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

DELGADO, José Manuel Avelino de Pina. Direitos humanos e guerra na filosofia do direito internacional de Habermans. *Revista Sequência*, Florianópolis: UFSC, n. 45, dez. 2002.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In. SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. ***Direitos humanos fundamentais***. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

GOMES, M.F; FREITAS, F.O. *Direitos Fundamentais e Dignidade Humana*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8404 – Acesso em 20/06/2016

GOMES, Mércio Pereira. *Os índios e o Brasil – Passado, presente e futuro*. São Paulo: Contexto, 2012.

HEGEL, G. W. F, *A Filosofia do direito*, T. M. Knox (trad.), Cambridge: Cambridge University Press. 1991.

HOBBS, Thomas, *Sobre o cidadão: a versão em Inglês*, Howard Warrender (ed.), Oxford: Clarendon Press. 1993.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. *Constitución y derechos fundamentales*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México D.F., ano XVIII, n. 84, set./dez. 1995. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/84/art/art5.htm>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

HUME, David, *Tratado da Natureza Humana*. L. A. Selby-Bigge e P. H. Niddich, Oxford (eds.): Clarendon Press, 1978

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*, Mary Gregor (trans). Cambridge: Cambridge University Press, 1991

KING, Desmond; WALDRON, Jeremy (1988) “*Cidadania, Cidadania Social e Defesa dos Direitos do bem-estar,*” *British Journal of Political Science*, 18: 415-43.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Peter Laslett (ed.), Martins, 1988

LOPES, Ana Maria D’Ávila. Hierarquização dos direitos fundamentais? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Ver. dos Tribunais, v. 9, n. 34, 2001.

LOPES, Ana Maria D’Ávila. *A contribuição da teoria multiculturalista para a defesa dos direitos fundamentais dos indígenas brasileiros*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_ana_maria_lopes.pdf>. Acesso: 21 jun. 2016.

MOONEN, Francisco. *Pindorama conquistada: repensando a questão indígena no Brasil*. João Pessoa: Alternativa, 1983.

NOZICK, Robert, *Anarquia, Estado e Utopia*, Oxford: Basil. Ed. WMF. 1974

RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, Trad. Luis Carlos Borges, São Paulo. Martins Fontes. 2004.

RAWLS, John, *O Direito dos Povos*, Trad. Luis Carlos Borges, São Paulo. Martins Fontes. 2001.

RIBEIRO, Darcy. *Falando dos índios*. Brasília: Editora UNB, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, 2. ed. Porto Alegre: Edit. Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, ano 55, n. 352, 2007.

SANTILLI, Juliana. *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

SANTILLI, Paulo. *Terras indígenas. Dimensão antropológica e histórica*. Brasília-DF. Escola da Advocacia-Geral da União, 02 dez. 2009. Palestra transmitida pela TV escola. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/escola>>. Acesso em: 22 jul 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Mandamentos, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2005.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TRAMONTINA, Robison, et al. *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Os novos Direitos no Brasil: Natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIGNIDADE HUMANA E SUA RELAÇÃO COM A INTIMIDADE: DESCONSTRUINDO A NECESSIDADE DE UM FUNDAMENTO ORIGINÁRIO

Julivan Augusto Negrini*

Resumo: Desde os séculos XVII e XVIII muitos foram os direitos humanos cuja preservação foi conquistada pelas civilizações modernas e pós-modernas, dentre os quais, situa-se o direito à intimidade, que é mencionado na grande maioria das legislações atuais. Muitos alegam que este direito, assim como os demais, é decorrente da dignidade atribuída à pessoa humana. Entretanto, não se pode negar que a dignidade humana trata-se de um conceito vago, criado ao longo da história e conceituado conforme os interesses e a cultura de cada sociedade, em cada tempo distinto. Portanto, atribuir à dignidade humana o status de fundadora dos demais direitos, inclusive o da intimidade, é algo que deve ser repensado, sendo este o objeto de análise deste artigo.

Palavras-chave: Direitos humanos. Dignidade humana. Intimidade.

Abstract: *Since the 17th and 18th centuries there were many human rights whose preservation was conquered by modern and postmodern civilizations, among which stands the right to privacy, and it is mentioned in most of the current legislation. Many people argue that this right, like others, is a result of dignity attributed to the human person. However, it is undeniable that human dignity is a vague throughout created history concept, and it's conceptualized according to each society's interests and culture in different times. Thus, attributing the founder status of all other rights, including the*

* Advogado Criminalista e membro do corpo docente do curso de direito da UNOESC, campus de Chapecó - SC. Graduado em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões URI-FW. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade Meridional - IMED, de Passo Fundo - RS. Mestrando em Direito do programa de pós-graduação *stricto sensu* da UNOESC, campus de Chapecó - SC.

intimacy, to human dignity should be rethought and this is the analysis object of this article.

Keywords: *Human rights. Human dignity and privacy.*

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não é de hoje que os Direitos Humanos vêm sendo objeto de insistentes debates pelo mundo inteiro. Ainda na sociedade moderna, por volta dos séculos XVII e XVIII, os movimentos iluministas desencadearam um período de libertação do indivíduo em relação à opressão dos Estados autoritários, fomentando a proliferação dos direitos relacionados à pessoa humana. Desde então, juristas e estudiosos de áreas afins procuraram estabelecer critérios de fundamentação, identificação e preservação dos direitos fundamentais, fazendo com que as legislações constitucionais as cartas internacionais de direitos contemporâneas elencassem em seus conteúdos, as regras de instituição e preservação destes direitos.

No Brasil, a Constituição de 1988 estabeleceu em seu art. 1^o, que a dignidade humana é fundamento do Estado Democrático e revestido de valor supremo. Esta previsão, da forma como foi concebida pelo legislador constituinte, nos faz concluir que a dignidade possui caráter fundamental de todos os demais direitos fundamentais constitucionalmente assegurados em nosso país. Nesse sentido, independentemente de qual seja o enfoque, no Brasil é praticamente absoluta a aceitação da dignidade da pessoa humana como elemento morfológicamente intrínseco aos direitos humanos.

Por outro lado, em que pese à tentativa de dar uma definição universal e unívoca, inclusive atribuindo à dignidade humana o poder de ser o fundamento de todos os direitos, é cediço que os direitos humanos

¹ Art. 1^o: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

¹II - a dignidade da pessoa humana;

não são concebidos e interpretados de forma harmônica em todo o mundo. De acordo com a cultura de cada povo, a concepção sobre quais são e no que se baseiam estes direitos é diferente, o que coloca em dúvida a possibilidade de um conceito universal.

Ora, se todos os povos da terra compartilhassem do mesmo pensamento, não haveria razão para existirem inúmeras declarações de direitos, todas se dizendo universais, mas com ideologias e conteúdos divergentes, sendo algumas de caráter mais individualista, enquanto outras trazem previsões voltadas para a sociabilidade e o bem comum; algumas com fundamento religioso e outras não; cada qual fazendo uma interpretação particular acerca de cada um dos direitos nelas colacionados.

Portanto, apesar de tudo o que já foi dito sobre os direitos humanos, não há um consenso sobre a extensão do seu conteúdo, nem mesmo quanto aos seus fundamentos. Aliás, questiona-se, nos dias atuais, se é possível estabelecer um critério para definir o que são Direitos Humanos. Há a possibilidade de estabelecer a extensão do seu conteúdo e os fundamentos que lhes dão origem? Será que a dignidade humana, por exemplo, pode ser o grande fundamento dos direitos humanos? A intimidade é, de fato, um direito derivado da dignidade e dependente desta?

A resposta a todos esses questionamentos exigiria um estudo e um debate aprofundado do tema, o que refoge aos limites do presente trabalho. Portanto, este ensaio se limitará a fazer a análise da relação existente entre o direito de intimidade e a dignidade da pessoa humana, buscando questionar o pensamento, quase que unânime em nosso país, de que este último é o fundamento do primeiro. Para isso, se fará breves considerações sobre os direitos humanos e sobre os conceitos de intimidade e dignidade, para, ao final, tentar estabelecer a relação entre estes direitos chegar a uma conclusão sobre o tema apresentado.

Diga-se, desde já, que o objetivo deste trabalho não é fazer desacreditar os conceitos de dignidade concebidos ao longo da história, afinal,

isso representaria uma pretensão vazia e inaceitável. Não se pode negar a importância dos conceitos formulados ao longo da história e a sua importância para a compreensão dos direitos humanos. O que se espera aqui é apenas incitar o debate possibilidade e, porque não dizer, da necessidade de se atribuir um fundamento todos os direitos humanos.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS

Após publicação da Declaração Universal das Nações Unidas, em 1948, muitos juristas passaram a defender a ideia de que a problemática do conteúdo e dos fundamentos dos direitos humanos estaria resolvida, pois as previsões trazidas pela declaração eram suficientes para encerrar o debate. Entretanto, é evidente a falácia deste argumento e, ainda, é salutar mencionar que o problema não está solucionado. É certo que apesar da importância que se reveste o estudo e compreensão dos direitos humanos, não há, ainda, respostas concretas sobre a sua extensão e os seus fundamentos.

O que se percebe, na prática, é a falta de conscientização das pessoas quanto à existência de determinados direitos e, sobre tudo, da necessidade de efetivação dos mesmos. Vivencia-se, hoje, uma crise de fundamentação e de legitimação dos direitos humanos, onde os mesmos acabam sendo sistematicamente desrespeitados em nome da segurança, da produção e do crescimento econômico (PEQUENO, 2008, p. 2).

Para poder compreender um pouco melhor a questão e evitar restrições injustificadas de direitos, deve-se partir do pressuposto que os direitos humanos surgiram como um produto da fusão de várias fontes das mais diversas civilizações, desde o pensamento filosófico jurídico, até as ideias do cristianismo e do jusnaturalismo (MORAES, 2013, p. 1).

Por essa razão, é possível perceber que conceituar os direitos humanos de forma unívoca e absoluta é uma tarefa difícil, senão impossível. De qualquer forma, se faz necessário estabelecer alguns parâmetros de

compreensão, ainda que de forma minimalista², o que deve ser feito por meio de uma atividade reflexiva e baseada na concepção de grandes pensadores e autores contemporâneos.

Neste contexto, trazendo uma visão positivista dos direitos humanos, Mello (1997, p. 5) refere que “os direitos do homem são aqueles que estão consagrados nos textos internacionais e legais, não impedindo que novos direitos sejam consagrados no futuro”. Assim, na visão do autor, os direitos já existentes devem ser mantidos e respeitados, sem prejuízo daqueles advindos da evolução e da construção humana, que devem ser sistematicamente inseridos na ordem constitucional.

Contrapõe-se à ideia de necessidade de positivação e alicerçados no pensamento jusnaturalista, há autores que sustentam que os direitos humanos, independentemente de estarem positivados ou não, constituem verdadeiros direitos morais intrinsecamente relacionados com a própria existência do homem e necessários para garantir a sua dignidade. Nessa linha de pensamento se destacam as ideias de Kant, para quem há na natureza humana um imperativo categórico que desperta todos os indivíduos de uma sociedade para uma consciência moral de humanidade. Assim, uma vez que o ser humano é dotado de razão e capaz de determinar suas atitudes por meio desta, o mesmo tem o dever natural de respeito aos direitos inerentes ao homem. Em outras palavras, para os jusnaturalistas, os direitos humanos são inalienáveis e originários da própria natureza humana e não dependem de outorga do Estado (ao qual cabe apenas a função de reconhecê-los e preservá-los) para existirem (LEITE, 2014, p. 35-36).

Seguindo essa linha de raciocínio universalista, Pequeno (2008, p. 2) afirma que “os direitos humanos são aqueles princípios ou valores que permitem a uma pessoa afirmar sua condição humana e participar plena-

² A expressão minimalista justifica-se pelo fato de que a conceituação dos direitos humanos é uma tarefa revestida de evidente dificuldade e, talvez, impossível de ser realizada, tendo em vista que a expressão “direitos humanos” trata-se de um termo equívoco, cuja conceituação dependerá da compreensão dos seus fundamentos, o que permite que seu conceito possua várias acepções.

mente da vida”. No pensamento do referido autor, os direitos humanos são aqueles que possibilitam ao indivíduo à vivência de sua condição humana (biológica, psicológica, econômica, social e política) e lhe proteger de tudo aquilo que possa negar a referida condição. Afirma ainda o autor que:

Os direitos humanos servem, assim, para assegurar ao homem o exercício da liberdade, a preservação da dignidade e a proteção da sua existência. Trata-se, portanto, daqueles direitos considerados fundamentais que tornam os homens iguais independentemente do sexo, nacionalidade, etnia, classe social, profissão, opção política, crença religiosa ou convicção moral. Eles são essenciais à conquista de uma vida digna, daí serem considerados fundamentais à nossa existência. (PEQUENO, 2008, p. 2).

Em sentido semelhante, Moraes (2013, p. 20) defende que os direitos humanos representam o “conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.”

Distanciando-se um pouco das ideias jusnaturalistas, Bobbio (2004, p. 5), defende que os direitos humanos não são inerentes e intrínsecos a todas as pessoas, pois são nascidos no tempo e criados em virtude dos contextos históricos das lutas em defesa de novas liberdades do homem contra os velhos e intolerantes poderes dos estados autoritários. O que chama a atenção neste conceito é a afirmação de que os direitos humanos representam uma forma de proteção contra as arbitrariedades do Estado. Esta concepção é um traço comum entre os mais diversos conceitos criados pelas doutrinas modernas sobre direitos humanos.

Em outras palavras, na visão do supracitado autor, os direitos são criados de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Para o autor, “partimos do pressuposto de que os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que,

apesar da desajabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos.” (BOBBIO, 2004, p. 15-16).

Parece ter razão o referido autor. Isto porque, conforme referido anteriormente, a própria definição “direitos do homem” é vaga e insuficiente para se extrair dela um fundamento absoluto. São conceitos tautológicos que, até mesmo quando se tenta aprimorá-los, acaba-se introduzindo termos avaliativos que poderão ser diferentemente interpretados, conforme seja a ideologia adotada pelo interprete. Portanto, nenhuma das definições que se possa dar ao termo “direito do homem” possui contornos nítidos e irrefutáveis (BOBBIO, 2004, p. 18).

Além disso, é importante salientar que os direitos humanos se encontram em uma situação paradoxal. De um lado, é crescente a positividade dos direitos relacionados à pessoa humana; de outro, os mesmos direitos acabam se transformando em ideais utópicos e, muitas vezes, até banalizados, na medida em que são sistematicamente desrespeitados pelos próprios Estados que os positivaram.

Tudo isso vem ao encontro do pensamento que será defendido neste ensaio, no sentido de que os direitos humanos não existem por conta de sua relação intrínseca com a pessoa humana, mas que, antes disso, são conceitos simbólicos criados por parte daqueles que buscam a efetivação de certos valores, para verem protegidos tudo o que faz parte dos seus interesses.

3 A INTIMIDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Atribuída aos direitos relacionados com a personalidade da pessoa humana, a noção de intimidade possui suas origens com o surgimento da burguesia, ocasião em que o desenvolvimento dos núcleos urbanos e as melhores condições sociais e econômicas conquistadas pela classe bur-

guesa, fizeram nascer a necessidade de proteção da vida privada (DONDADA *in* MORI, 2000, p. 113).

Na verdade, embora muitos autores refirmem que sua origem remonta ao direito romano, não há como aceitar essa orientação, tendo em vista que nas sociedades antigas e até mesmo na idade média, a vida privada não era objeto de tutela ou de preocupação, o que fazia com que a proteção da intimidade fosse irrelevante naquelas sociedades. É a partir do século XVIII, com o crescimento exponencial do capitalismo e do aumento de capital que se começou a se tutelar os direitos relacionados com a proteção da vida privada e, com isso, surge o desejo e a necessidade de se impor limites à publicidade de certos aspectos da vida das pessoas. Assim, foi na sociedade moderna que seu conceito ganhou consistência e se firmou como direito fundamental e passou a ser positivado (MORI, 2000, p. 14).

A intimidade está diretamente relacionada com a vida privada e com questões que cada cidadão opte, baseado em sua cultura, por manter em sigilo. Assim, ela pode ser compreendida como um poder jurídico conferido à pessoa humana de subtrair do conhecimento público e impedir a divulgação de certos aspectos de sua vida privada (SILVA, 2013, p. 39).

Em que pese a definição apresentada, é fácil perceber que a conceituação do direito à intimidade é vago e trás consigo uma carga de subjetivismo que pode variar conforme a época e o lugar. Isto porque sua definição está diretamente associada com o conceito de vida privada, o qual poderá ser interpretado de forma equívoca e ambígua, conforme seja a cultura de cada povo, o que dificulta a precisão de seu significado (MORI, 2000, p. 28).

Conceituar esse direito exige a investigação das razões que fundam a necessidade de sua proteção. Neste sentido, Silva (2003, p. 41) refere que a intimidade precisa ser encarada como um “fenômeno sócio-psíquico, em que os valores vigentes em cada época e lugar exercem influência significativa sobre o indivíduo, que em razão desses mesmos

valores sente a necessidade de resguardar do conhecimento das outras pessoas aspectos particulares da sua vida.”

Isso significa que a definição da intimidade pode variar conforme a cultura, o lugar e o tempo. A título de exemplo, parece ofensivo ser à intimidade de uma pessoa o fato dela ter que andar nua diante de outras, situação esta que em nada constrange aqueles inseridos em certas culturas indígenas ou até mesmo em grupos que se reúnem em locais específicos para fins desta prática.

Isso torna difícil a tarefa de definir o conteúdo da intimidade enquanto direito fundamental e, portanto, torna ainda mais difícil buscar seu fundamento na dignidade da pessoa humana. Dignidade e intimidade são termos imprecisos e vagos, cujo conteúdo é objeto de criação em determinada circunstância de tempo e local, não podendo se afirmar que um deriva ou dá fundamento ao outro, tema este que será aprofundado no decorrer deste trabalho.

De qualquer sorte, a intimidade trata-se de direito fundamental da pessoa humana, eis que faz parte da categoria dos direitos de personalidade e é essencial para o desenvolvimento da vida privada. Prova disso é a positivação da intimidade enquanto direito da pessoa humana, que pode ser encontrada em muitas legislações constitucionais e em cartas universais sobre humanos. Apenas a título de exemplo, a Declaração Universal das Nações Unidas, de 1948, assegura a todos os cidadãos a proteção da vida privada.³ Ainda, a declaração do Islã garante a todos, de forma genérica, a proteção da privacidade.⁴ No Brasil, a proteção da intimidade passou a ser expressamente assegurada com a Constituição de 1988, em seu art.

³ Art. XII – Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

⁴ Art. XXII – Direito à Privacidade: Toda pessoa tem direito à proteção de sua privacidade.

5º, inciso X e, especificamente em relação à proteção do sigilo telefônico e telemático, pelo art. 5º, inciso XII.⁵

4. A DEFINIÇÃO JURÍDICA DA DIGNIDADE HUMANA

Antes de enfrentar o ponto central deste trabalho, que consiste em questionar a ideia de que a dignidade da pessoa humana pode ser considerada o fundamento para todos direitos do homem, especialmente no que se refere à intimidade, é necessário tecer alguns comentários sobre a definição do termo dignidade humana.

Já foi aqui mencionado que a expressão “dignidade humana” tem sido reconhecida pelo direito moderno como um valor intrínseco ao ser humano e necessário para a realização dos seus direitos. Seu reconhecimento jurídico pode ser encontrado legislações constitucionais no mundo inteiro, inclusive no Brasil.

Entretanto, ao buscar uma conceituação da dignidade humana, os estudiosos esbarram na mesma problemática enfrentada na conceituação dos direitos humanos, qual seja: trata-se de uma expressão vaga, imprecisa e cuja interpretação depende de fatores culturais de cada civilização, conforme o tempo e local, o que propicia a existência de inúmeras controvérsias em seu conceito. Por mais que se tente atribuir à dignidade uma definição universal e unívoca, muitas são as dificuldades que envolvem a sua conceituação.

⁵ Art. 5º 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:

[...]

^x - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

^{xII} - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Hodiernamente, há um crescente movimento que defende a ideia de universalização dos direitos humanos e, por consequência, do próprio conceito de dignidade humana. Especialmente após a Declaração Universal das Nações Unidas, tem sido atribuído à dignidade, por meios de discursos repetitivos e tautológicos, um status de primazia e de indissociabilidade em relação aos direitos humanos, como ponto de partida para a sua concretização.

Entretanto, “embora o uso da expressão seja frequente e cotidiano, não se tem clareza sobre o seu conteúdo, alcance e significado” (TRAMONTINA, 2013, p. 139). Isso faz com que a expressão dignidade humana venha a ser frequentemente utilizada na seara jurídica como fundamento para todo e qualquer direito, banalizando a sua essência.

Neste contexto, mostra-se importante questionar: é possível definir a dignidade humana de forma universal e unívoca? Seria a dignidade humana, de fato, um atributo inerente a todo ser humano e que sempre esteve presente em sua existência, como propõem as teorias jusnaturalistas?

Por certo, a dignidade não se refere aos aspectos específicos da existência humana, mas sim, diz respeito a uma qualidade que é atribuída à pessoa (SARLET, 2009a, p. 18). Por essa razão, torna-se difícil, senão impossível, definir com precisão o que é dignidade humana. É certo que o seu conceito denota estreita relação com a condição humana de cada pessoa, levando-se em consideração a sua personalidade. Mas é exatamente isso que explica a dificuldade em se definir com exatidão o conteúdo e o alcance jurídico do termo.

De qualquer sorte, é necessário estabelecer os contornos nucleares de sua compreensão, para que se possa destacar importância da dignidade humana enquanto direito fundamental e averiguar a possibilidade de reconhecê-la como fundamento de todos os direitos humanos. Assim, sem querer aprofundar a análise histórica da conceituação de dignidade, pois este não é o objetivo deste trabalho, cumpre fazer reverência a al-

guns antecedentes históricos que possibilitam compreender a definição que hoje é atribuída à dignidade humana.

Neste sentido, registra-se que a ressaltar que a ideia de dignidade humana, enquanto valor intrínseco do ser humano, nos remonta ao pensamento clássico cristão. No cristianismo, a dignidade pode ser encontrada na referência que se faz de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e, por consequência, é “dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.” (SARLET, 2009b, p. 32).

No que se refere ao pensamento filosófico da antiguidade clássica, a dignidade era compreendida como uma condição social do ser humano, que poderia variar conforme a posição que este ocupava na sociedade, podendo, assim, ser considerado mais ou menos digno (SARLET, 2009b, p. 32).

No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a dignidade passou a ser entendida como um direito natural pertencente a todos os seres humanos, que os diferencia das outras criaturas da natureza (BAEZ, 2011, p. 32). Kant, um dos maiores pensadores do jusnaturalismo, constrói sua concepção de dignidade a partir da natureza racional do ser humano, referindo que o homem, por ser dotado de vontade autônoma, é capaz de se autogovernar e agir conforme a representação de certas leis, sendo este o fundamento para a sua dignidade (SARLET, 2009b, p. 35). Neste contexto, a razão é o traço distintivo da natureza humana que confere ao ser humano um *status* de dignidade. Em outras palavras, a ideia difundida na teoria kantiana é que o ser humano, por se tratar de um ser racional, é capaz de se autogovernar e, nisto, reside a presença de sua dignidade (TRAMONTINA, 2013, p. 165).

Contraopondo-se a ideia kantiana, Hegel afirma que a dignidade trata-se de um valor a ser conquistado pelo homem e, portanto, não lhe é inerente apenas por se tratar de um ser racional. Assim, o homem não nas-

ce digno, mas pode assim se tornar “a partir do momento em que assume a sua condição de cidadão.” (SARLET, 2009b, p. 41).

Ainda enquanto conceito de inspiração jusnaturalista, Comparato (2010, p. 43) propõe que a “a dignidade de cada pessoa existe pelo simples fato de ela ser, existir e, por conta disso, nada pode justificar ou legitimar a sua violação”. Assim, para o autor a dignidade é decorrente da simples existência do ser humana, independentemente de qualquer outro fator.

Sarlet (2009a, p. 24), ao falar sobre as diversas dimensões da dignidade humana, refere que a dignidade precisa ser analisada, dentre outras formas, sob um enfoque comunicativo, “partindo da situação básica do ser humano em sua relação com os demais (do ser com os outros), em vez de fazê-lo em função do homem singular.” Tal concepção fundamenta-se na ideia de que a dignidade humana, juntamente por ser um atributo de todos, só se justifica no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade (SARLET, 2009a, p. 25).

Além desta visão baseada na dimensão da dignidade enquanto direito natural, há aqueles que relacionam a importância e própria existência da dignidade com o Estado de Direito. Neste sentido, Haberle (*in* SARLET, 2009a, p. 81) menciona que o respeito à dignidade humana depende da existência de um compromisso entre esta e a Constituição de Estado, figurando como norma fundamental do Estado. Nesta visão, a dignidade é tida como mandamento fundamental e necessário para a realização dos direitos assegurados aos cidadãos.

Para Barroso (2014, p. 72-73), a dignidade humana possui três vertentes, quais sejam: trata-se de um valor intrínseco de todos os seres humanos; representa a autonomia de cada indivíduo e, ainda, possui um valor comunitário, o que permite impor-lhe certa limitação em razão de determinados “valores sociais ou interesses estatais”.

Ao analisar todos os conceitos acima referidos, os quais não representam a totalidade das definições encontradas acerca da expressão

dignidade humana, já é possível perceber que, por se tratar de uma categoria axiológica aberta e inserida em um contexto social de inúmeras diversidades no mundo contemporâneo, não há como negar que a dignidade humana trata-se de um conceito em construção e desenvolvimento. Por esta razão, se mostra “racional e razoável a posição dos que refutam a possibilidade de uma definição, ou, pelo menos, de uma definição jurídica da dignidade.” (SARLET, 2009a, p. 16).

5 QUESTIONANDO A DIGNIDADE ENQUANTO FUNDAMENTO DA INTIMIDADE E DEMAIS DIREITOS DO HOMEM

Não há dúvidas que os documentos contemporâneos sobre direitos humanos, em sua grande maioria, parecem estabelecer a ideia de que a dignidade é o núcleo essencial dos direitos humanos. Por exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁶, ao eleger um rol de direitos da pessoa humana, menciona em seu preâmbulo que os direitos ali elencados decorrem da dignidade inerente à pessoa humana. Ainda, a Declaração das Nações Unidas, especialmente pela redação de seu artigo 1⁷, faz parecer que a dignidade é o grande fundamento dos direitos nela contidos.

Entretanto, com base no que foi dito até este momento, conclui-se que os direitos do homem constituem uma classe variável, o que demonstra que não há como concebê-los como direitos fundamentais por natureza. Ao longo dos séculos, o reconhecimento desses direitos sofreu (e ainda sofre) significativas alterações. Alguns direitos considerados absolutos no século XVIII foram posteriormente relativizados, enquanto outros, que naquela época sequer eram assegurados (como os direitos

Preâmbulo: “Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, ⁶reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana, [...]”

⁷ Artigo 1: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

sociais, por exemplo), ganharam maior relevância nas legislações atuais (BOBBIO, 2004, p. 18).

Portanto, apesar da importância que os pensamentos jusnaturalistas e universalistas proporcionam para a compreensão dos direitos humanos, denota-se a fragilidade substancial das teorias que tentam atribuir à dignidade um valor de supremacia em relação a outros direitos. O problema que se apresenta é que diante da relatividade de certos direitos, “não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos.” (BOBBIO, 2004, p. 18).

O que acontece é que os direitos do homem, além de mal definidos e variáveis, também são heterogêneos e, por vezes, diversos entre si, o que torna impossível que todos possuam um mesmo fundamento. São poucos os direitos humanos que podem ser vistos como universais e comuns a todas as pessoas. Na grande maioria das situações, para dar proteção a um direito, há que se restringir o exercício de outros.

Essas considerações fazem repensar a ideia de que a dignidade humana é capaz de fundamentar os demais direitos do homem, como se todos dependessem daquela para existirem. Na verdade, valendo-se das palavras de Waldron (2013) “maybe we should say that there are all sorts of rights, with all sorts of foundations: free speech has one sort of foundation; humane treatment for detainees has a different foundation; the right to education yet another; and so on.”

Ou seja, diante do caráter multifacetário dos direitos humanos, é coerente defender a ideia que alguns podem ser fundados em um determinado aspecto da vida humana, enquanto outros podem possuir origem em fatores diversos, o que torna impossível que ambos sejam fundamentados da mesma origem.

Aliás, será que os direitos humanos precisam de um fundamento teórico unificado e universal? Considerando que nem mesmo o conceito de direitos humanos é algo compreendido em sua totalidade, é plausível a ideia

de encontrarmos na dignidade (expressão igualmente vaga) o fundamento para os direitos da pessoa humana? Isso não proporcionaria impossibilidade de valoração de outros direitos igualmente relevantes ao ser humano?

Segundo Waldron (2013):

The fact that dignity is important does not mean that other foundation-ish values that are also not important. Dignity's importance does not necessarily make it into a master-value, overshadowing every other value that might occupy a foundational role. Some rights may be based directly on liberty or autonomy—without regard to the place those ideas have, in turn, in the analysis of dignity. Some might be based on equality and social justice. Some might be even based indirectly on utility.

É óbvio que essas considerações não retiram a importância da dignidade humana enquanto direito fundamental, mas abrem espaço para ser repensada a ideia de ter esta como o único fundamento possível para os direitos humanos.

No caso específico da intimidade, a qual é o objeto principal de relação no presente ensaio, sendo um direito que somente ganhou destaque quando se viu a necessidade de preservação da vida privada, muito após a própria existência humana e da definição de sua dignidade, não poderia estar fundada em outros direitos?

É necessário estabelecer essa discussão, até mesmo para que se possa definir com maior exatidão os limites da proteção da intimidade. Ora, se a dignidade é, de fato, um atributo inerente e inalienável ao ser humano, é forçoso concluir que usá-la como fundamento para a intimidade acabaria retirando do indivíduo a disponibilidade de estabelecer os limites de atuação do seu direito.

A grande preocupação que se apresenta reside no fato de que a vinculação da intimidade com a dignidade humana poderá ocasionar uma interpretação restritiva da extensão de proteção da vida privada. Se a intimidade está vinculada à dignidade, então a sua proteção somente se estende até o

patamar da mínima dignidade. Em outras palavras, desde que não seja considerada uma atitude indigna, a violação da intimidade estaria autorizada.

No caso das interceptações telefônicas, por exemplo, que nos dias atuais tem sido vastamente utilizada pela justiça como meio de prova em investigações criminais, o limite da proteção intimidade estaria condicionado ao que o julgador entende por ser digno ou indigno ao investigado. Assim, se entender que a violação da intimidade é necessária para a realização da justiça (ou daquilo que o julgador acredita ser justo), o julgador poderá restringir a intimidade apenas mencionando que tal restrição não ofende a dignidade do investigado. Assim, a dignidade não estaria legitimando a intimidade, mas pelo contrário, estaria restringindo a sua proteção.

Por tudo o que foi dito, mostra-se necessário repensar a ideia de fundamentação da intimidade e dos demais direitos humanos. O que acontece, é que desde as noções kantianas, somos condicionados a pensar que a dignidade é um atributo inerente e indissociável em relação ao ser humano e isso nos retira o senso crítico de ver, sob um enfoque contrário ao tradicional, que podem ser os direitos da pessoa humana que fundamentam a sua dignidade ou que, talvez, todos estejam em uma linha horizontal de importância, onde cada um possa existir sem a precedência do outro.

6 INVENÇÃO ÉTICA DA DIGNIDADE HUMANA: A TEORIA DE FOUCAUT

Observando a realidade histórica da sociedade moderna e pós-moderna, é possível concluir que os direitos humanos fundam-se, efetivamente, na necessidade de proteção do indivíduo em face do poder? Será que os direitos humanos realmente possuem a função ética de resguardar os direitos de igualdade, legalidade, liberdade e dignidade do ser humano?

Partindo da historicidade que nos é contada pelas doutrinas tradicionais, parecem ser absurdos tais questionamentos. Conforme já referido, sempre foi difundida a ideia de que os direitos humanos representam

uma conquista da civilização moderna contra as barbáries praticadas pelo Estado na idade média. São tidos como mecanismos de proteção da liberdade, da igualdade e da dignidade.

O lema da liberdade, igualdade e fraternidade foi o grande estandarte da revolução francesa, que culminou na elaboração do primeiro grande tratado sobre direitos humanos, promulgado em 26 de agosto de 1789. Constata-se pela leitura do preâmbulo da Declaração Francesa de Direitos Humanos, que esta teve por objetivo definir os direitos individuais e coletivos do cidadão, asseverando o seu caráter universal e obrigatório⁸. O mesmo objetivo de definição e universalização de direitos é encontrado na já citada Declaração das Nações Unidas de 1948, elaborada pelos países aliados e vencedores da segunda guerra mundial.⁹

Entretanto, não há como negar, num primeiro momento, que as referidas cartas trazem em seus conteúdos um rol de direitos utópicos, que representam muito mais um compromisso político¹⁰ meramente formal do Estado, do que uma real intenção de proteção da pessoa humana enquanto sujeito de direitos.

Há que se questionar, mais uma vez: será que os seres humanos são, de fato, livres e iguais em direitos conforme apregoa as referidas de-

⁸ Consta no preâmbulo da Declaração Francesa de 1789: “Os representantes do povo francês, constituídos em ASSEMBLEIA NACIONAL, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os actos do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral”.

⁹ Consta no preâmbulo da Declaração de 1948: “como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.”

¹⁰ Segundo Waldron (2013) ao se referir sobre os direitos humanos elencados nas declarações universais, afirma que “They are intended as prefatory pieces of rhetoric; they are not noted for their philosophical rigor; they probably represent political compromises.”

clarações? Será que todos os seres humanos recebem tratamento igual perante a lei, sem distinção de direitos? O direito à propriedade¹¹⁻¹² é estendido a todos ou será que somente protege aqueles que a tem?

Na verdade, nos séculos XVII e XVIII, a burguesia iluminista necessitava impor limites à nobreza e ao clero, mas também, precisa conter as massas que sonhavam com uma sociedade livre, igualitária e fraterna. Assim, se fez necessário a criação de medidas que pudessem intensificar o exercício de dominação pelo poder. Nessa época, surgem “técnicas de poder que eram essencialmente centradas no corpo, no corpo individual”, que asseguravam a distribuição e a organização destes “corpos” e que, mais tarde, durante o século XIX, faz surgir o fenômeno da “assunção da vida pelo poder” ou em outras palavras, “uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo.” (FOUCAULT, 2005, p. 285-286).

É o que Foucault (2012, p. 132-133) chama de criação de corpos dóceis. A disciplina imposta aos cidadãos nos séculos XVII e XVIII transformou-se em uma fórmula de dominação, por meio da imposição de regras que permitem o controle minucioso das atividades sociais, sujeitando todos à regras que impõem uma condição de docilidade e aceitação, que os tornam mais obedientes e úteis. É o que o referido autor chama de “mecânica do poder”.

A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma “aptidão”, uma “capacidade” que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz

¹¹ Consta no art. 17 da Declaração Francesa: “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização.”

¹² Consta no art. XVII, da Declaração da ONU: “1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”.

dela uma relação de sujeição estrita. Se a exploração econômica separa a força e o produto do trabalho, digamos que a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada. (FOUCAUT, 2012. P. 133/134)

Mais tarde, durante o século XIX, o poder que se exercia apenas em relação ao corpo individual, passa a ser exercido em relação ao corpo social, constituído por um número indeterminado de indivíduos, que chamamos de população. Não há mais um treinamento individual, mas sim, a adoção de mecanismos globais que pudessem criar estados globais de equilíbrio, assegurando sobre os indivíduos não mais uma disciplina, mas sim, uma regulamentação. (FOUCAUT, 2005, p. 194)

Tais considerações provocam o pensamento de que os direitos humanos, em que pese a sua faceta protetiva, ainda que utópica, representam uma forma de exercício de poder, que condiciona os indivíduos a aceitar que são impostas universalmente e que foram criadas para dar aos subalternos a ilusão de participação efetiva dos direitos d homem, de que o humanismo é uma realidade presente nas sociedades capitalistas, mantendo-os condicionado à vontade daqueles que instituíram as regras.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho não teve outro objetivo a não ser questionar a ideia de que a dignidade humana possa ser o fundamento dos direitos humanos, para fomentar o debate sobre o tema e poder analisar outras possibilidades, diferentes daquelas que são impostas pelas tradicionais doutrinas dos direitos humanos. Longe de trazer uma resposta absoluta e definitiva, buscou-se apenas propiciar uma visão diferente e possível do tema.

Considerando a extensa gama de direitos elevados à categoria de direitos humanos, buscou-se focar o debate na relação entre a dignidade humana e o direito à intimidade, previsto na Constituição Federal de 1988 no art.

5º, inciso XII. Tal direito, elevado ao status de direito fundamental da pessoa humana, teve sua ascensão a partir dos movimentos iluministas dos séculos XVII e XVIII, onde surgiu a necessidade de preservação da vida privada.

Entretanto, diante da impossibilidade de se obter uma conceituação unívoca sobre os direitos em debate (tanto a intimidade quanto a dignidade humana), se constatou a dificuldade em se manter válida a ideia de que existe uma relação de derivação ou de fundamentação entre um e outro. Segundo Waldron (2013) pode-se concluir que há “potential difficulties with the idea that dignity is the foundation of human rights crop up also from another direction. Perhaps the phrase 'human dignity' is too vague to be of any foundational use.”

Ora, se a intimidade surge para a proteção da vida privada, parece claro que este direito é fundado na necessidade de alguns (aqueles que possuem vida privada a zelar), sendo esses motivos incompatíveis com aqueles que fundamentam a existência da dignidade. Em outras palavras, as preocupações que fizeram surgir a necessidade de proteção da dignidade humana, podem (e inevitavelmente foram) diversas daquelas preocupações que instituíram a defesa da intimidade. Em outras palavras, o que se revela é que há um “contraste entre o direito fundamental de uma categoria de pessoas e o direito igualmente fundamental de uma outra categoria” (BOBBIO, 2004, p. 21).

Portanto, não é possível afirmar que a dignidade humana não pode não ser o grande fundamento da intimidade e dos demais direitos da pessoa humana, da mesma forma que não se pode excluir a possibilidade de que ambos possam existir sem que seja necessário estabelecer uma dependência de um, em relação ao outro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, et al. *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas. *A realização e a proteção internacional dos direitos fundamentais*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF. Disponível em: Acesso em: 29 mar. 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

FOUCAUT, Michel. *Vigiar e Punir*. 40. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2012.

_____. *Em defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Manual dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2013.

MORI, Michele Keiko. *Direito à Intimidade versus Informática*. Curitiba: Juruá, 2010.

PEQUENO, Marconi. *Fundamento dos Direitos Humanos*. 2008. Disponível em: http://gajop.org.br/justicadada/wp-content/uploads/2.fundamento_dos_direitos_humanos_marconi.pdf. Acesso em: 05 de setembro de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e Legislação Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2013.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à Intimidade*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Is Dignity the Foundation of Human Rights?* Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2196074>. Acesso em: 08 de agosto de 2016.

A CONTRIBUIÇÃO DO CONTRATO SOCIAL DE ROUSSEAU PARA UMA CIVILIZAÇÃO QUE CONTEMPLA À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Luís Renato Martins de Almeida*

1 INTRODUÇÃO

O conceito de justiça suscita muita discussão e interesse. A despeito da complexidade das relações que envolvem a natureza, é da relação humana que se ocupa o direito. A proteção do homem em si, a sua dignidade, encontra assento na origem da sociedade, pois a preservação da vida é instinto natural e assim o homem desenvolveu as suas relações de modo a preservar a sua própria subsistência.

A justiça, enquanto vetor que fundamenta a ordem jurídica, pode ser considerada como a própria finalidade do Estado democrático de Direito. É ínsito ao conceito de democracia a autonomia atribuída ao homem para que todos participem da organização estatal, cuja atuação será regrada pela ordem jurídica.

Assim, consagra-se no Estado democrático moderno, a proteção e efetivação de direitos fundamentais, porquanto atrelados à noção de justiça.

Constando das principais carta políticas, o catálogo de direitos fundamentais foi elevado ao ápice da hierarquia normativa, e de elevada carga axiológica, irradia seus efeitos por todo o ordenamento jurídico.

Se não há uma única base filosófica para justificar os direitos fundamentais, é certo que os direitos fundamentais são a essência do direito contemporâneo.¹

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 235.

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação stricto sensu – Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC); Juiz de Direito em Santa Catarina-SC.

Os direitos fundamentais, portanto, balizam os valores mais caros que fundam o Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco:

Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz da sua ação. As contribuições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.²

Nesse contexto, questiona-se se é pressuposto à realização dos direitos fundamentais a concepção de um pacto social como condição para uma civilização de relações humanas que contemple a justiça.

Desde as primeiras teorizações sobre o Direito, sempre se evidenciou a sua relação com a justiça. Em Platão é revelada a noção que o justo é dar a cada um aquilo que merece, cânone que deve ser garantido pelo Estado. Notadamente na Idade Moderna, floresceu o direito natural racional baseado no pressuposto que todo ser humano tem consciência da sua racionalidade e capacidade natural de discernir o que é certo e errado.

A razão, isto é, a potencialidade intelectual do ser humano de apreender os fatos do mundo fenomênico e por meio do pensamento elaborar as decisões e escolhas que irão direcionar as suas ações, o libertou de uma ordem superior imutável e inderrogável.

Assim, se o direito natural clássico é caracterizado por uma ordem superior universal, o que por si só já é a causa de sua legitimação, as relações humanas organizadas com base e um direito elaborado a partir da razão requer, para ser reconhecido, a legitimação por meio da vontade

² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 266.

de seus participantes, que elegem quais os comportamentos são desejáveis para os fins pretendidos.

Nesse aspecto, a sociedade que busca uma ordem comum fundada no acordo de vontades necessita legitimar essa escolha. Bobbio destaca que reconhecer os motivos da escolha por uma ordem jurídica, é modo de legitimá-la:

“Partimos do pressuposto de que os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda parte e em igual medida) reconhecidos; e estamos convencidos de que lhes encontrar um fundamento, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos fosse feita também pelos outros, é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento.”³

Em vista disso, a ideia central do contratualismo é pacto que se supõe originado pela vontade de vários indivíduos independentes, que convencionam a substituição do “estado de natureza” por um estado de obediência à lei civil. O trajeto percorrido da origem da sociedade baseada na tradição à concepção do Estado constitucional moderno, passa por diversas teorias jusfilosóficas desenvolvidas para compreender a formação da sociedade política e juridicamente organizada.

Conquanto se possa observar estudos semelhantes em tempos mais longínquos, o contratualismo, na sua forma mais estudada, prosperou nos séculos XVI a XVIII com Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, conquanto é possível identificar uma matriz contemporânea do contratualismo – *necontratualismo* –, na obra de John Rawls, na segunda metade do século XX.

³BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004. p. 15-16.

Neste artigo, busca-se extrair da obra de Rousseau certa contribuição para a construção de uma ideia de justiça social, ainda que o estudo de Rousseau não tenha se direcionado especificamente para esse objetivo.

2 O CONTRATO SOCIAL COMO FUNDAMENTO DE UMA JUSTIÇA SOCIAL

Ao discorrer hipoteticamente que “O primeiro sentimento do homem foi o da existência, a primeira preocupação, com a própria conservação”⁴, Rousseau enunciava num primeiro momento, as aspirações humanas se esgotavam na satisfação das necessidades básicas à subsistência. Não havia racionalização sobre a conveniência de estabelecer relações com outros homens como meio de sobrevivência, visto que o homem se utilizava da natureza e do amor próprio para viver em plena harmonia. O homem era um ser solitário.

A desigualdade ente os homens desponta com o nascimento da sociedade civil. As relações humanas é percebida quando surge a noção de propriedade:

O primeiro a quem, tendo cercado um terreno, ocorreu dizer: *Isto é meu* e encontrou gente simples o bastante para dar-lhe crédito, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassínios, miséria e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando os postes ou preenchendo o fosso, tivesse gritado ao seu semelhante: *Evitai dar ouvidos a esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e a terra, de ninguém.*⁵

A ideia de sociedade civil desenvolvida por Rousseau, é causa do domínio de uns sobre os outros. Assim, o primeiro momento que rela a

⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret. 2010. p. 119.

⁵ Idem. p. 119.

desigualdade entre os homens é o direito de propriedade, o que provocou a diferença entre aqueles que possuíam algo, daqueles que nada tinham.⁶

Noutra passagem, explica que “a desigualdade de crédito e de autoridade se tornou inevitável entre particulares, assim que, reunidos numa sociedade, formam forçados a se comparar uns aos outros e de levar em conta as diferenças que observam no uso contínuo que devem fazer uns dos outros.⁷

Se hodiernamente a maioria dos Estados contemporâneos assentam em suas cartas políticas o princípio da igualdade fundado na lei – todos são iguais perante a lei –, as desigualdades decorrentes inevitabilidade das relações sociais, como apontadas por Rousseau, indicam que o pacto social deve ter, dentre outros elementos, a finalidade de proporcionar relações humanas justas.⁸

Rousseau inicia O Contrato Social, dizendo que “O homem nasceu livre e por toda parte ele está agrilhado.”⁹ Pressupõe que a sociedade tenha chegado num ponto que o ser humano precisa se associar a outros para sobreviver, sendo inviável a manutenção do estado de natureza.¹⁰ Assim conclui que:

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes. Este é o problema fundamental cuja solução é fornecida pelo contrato social.¹¹

⁶ Ibidem. p. 139.

⁷ Ibidem. p. 140.

⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes. 2001. p. 30.

⁹ Idem. p. 9.

¹⁰ Importante ressaltar que no “estado de natureza” para Rousseau, ao contrário de enunciava Hobbes, o homem era bom.

¹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes. 2001. p. 20-21.

Portanto, o elemento distintivo que singulariza o pensamento de Rousseau está na conjugação da obediência e a liberdade convencional. Para tanto, o pacto social será o resultado da renúncia total dos direitos pré- concebidos em favor da sociedade. Com isso, “cada qual dando-se por inteiro, a condição é igual para todos, e, sendo a condição igual para todos, ninguém tem interesse em torná-la onerosa para os demais.” Desta forma, diante da perfeição da associação, ninguém teria motivos para reclamar.¹²¹³

Percebe-se que a ideia central é restabelecer ao homem a sua liberdade inata. Todavia, esta liberdade decorre consciência do dever de obediência ao pacto social:

A passagem do estado natural ao estado civil produziu no homem uma mudança considerável, substituindo em sua conduta a justiça ao instinto, e imprimindo às suas ações a moralidade que anteriormente lhes faltava. Foi somente então que a voz do dever, sucedendo ao impulso físico, e o direito ao apetite, fizeram com que o homem, que até esse momento só tinha olhado para si mesmo, se visse forçado a agir por outros princípios e consultar a razão antes de ouvir seus pendores. Embora se prive, nesse estado, de diversas vantagens recebidas da Natureza, ganha outras tão grandes, suas faculdades se exercitam e desenvolvem, suas ideias se estendem, seus sentimentos se enobrecem, toda a sua alma se eleva a tal ponto, que, se os abusos desta nova condição, não o degradassem com frequência a uma condição inferior àquela de que saiu, deveriaabençoar incessantemente o ditoso momento em que foi dali desarraigado para sempre, o qual transformou um animal estúpido e limitado num ser inteligente, num homem.¹³

A concordância entre a liberdade e obediência, permite ao homem racionalizar a sua condição de ser dotado de livre arbítrio, porém, com a responsabilidade de obedecer a vontade geral.

O elemento que dá legitimidade ao contrato social é “vontade geral”, porque “somente a vontade geral tem possibilidade de dirigir as forças do Estado, segundo o fim de sua instituição, isto é, o bem comum.”¹⁴

¹² Idem. p. 21.

¹³ Ibidem. p. 25-26.

¹⁴ Ibidem. p. 33.

A vontade geral é expressão dos pactuantes, por isso ela é inalienável, indivisível, reta e sempre de visando o bem público. Não há soberano, senão a vontade geral consubstanciada no poder emanado do contrato social, que em última análise, ressaí do povo.

A crítica que se faz ao modelo proposto por Rousseau, consiste na impossibilidade de existir uma força contramajoritária, o que poderia implicar num despotismo da maioria. Haveria supressão da conduta do ser humano de acordo com as leis dadas pela sua razão, desaguando na submissão inquestionável à ética coletiva.

Neste ponto, ainda que ressalvada a diferença entre o homem e o cidadão, o contrato social compreende um artifício para legitimar a vontade consensual, como forma de garantir a existência do Estado civil:

Com efeito, cada indivíduo pode, como homem, ter uma vontade particular oposta ou diversa da vontade geral que tem como cidadão. Seu interesse particular pode ser muito diferente do interesse comum; sua existência absoluta, e naturalmente independente pode levá-lo a considerar o que deve à causa comum como uma contribuição gratuita, cuja perda será menos prejudicial aos demais do que será o pagamento oneroso para ele; e, considerando a pessoa moral que constitui o Estado como um ente de razão, pois que não é homem, gozará dos direitos do cidadão sem querer preencher os deveres do súdito – injustiça cujo progresso redundaria na ruína do corpo político.¹⁵

Sabe-se que nos atuais Estados democráticos de Direito, a opinião da minoria deve ser observada como forma de coibir o totalitarismo ideológico.

Com os devidos temperamentos, o contrato social simboliza a finalidade estatal no que toca aos valores e escolhas que determinado povo fez. Transportando a teoria de Rousseau para a atualidade, consigna Paulo Bonavides que:

A doutrina democrática de Rousseau, conservando-se em nossos dias afastada do marxismo, toma, contudo, a direção

¹⁵ Ibidem. p. 24-25.

compatível com um socialismo democrático moderado e reformista, visto que desfaz, sobretudo, o erro do liberalismo em sua rígida e impertinente concepção de liberdade, quando situava essa liberdade primariamente no indivíduo, na posição hostil que assume perante o grupo, posição quase sempre obstinada e intolerante, cujos danos à ordem social se acham sobejamente caracterizados.¹⁶

Nessa quadra, os direitos fundamentais encontram suporte no pensamento rousseauiano. A limitação do poder estatal defendida na Revolução Francesa está amplamente contemplada na teoria exposta no contrato social, na medida em que o poder não advém do soberano, mas do povo que adere ao pacto e funda uma nova sociedade baseada na vontade geral, que condiz com um Estado de regime democrático.

É ínsito a qualquer ordem social baseada na democracia que as pessoas que pertençam a esta sociedade tenham as mesmas oportunidades de realizações enquanto ser humano dotado de potencialidades e dignidade. Assim, o Estado formado por essa sociedade organizada, estabelecerá como vetor o ideal de justiça social, que significa promover os meios para distribuir as oportunidades de forma igualitária.

A vontade geral revelará os objetivos do Estado quando da sua fundação. Tratando-se de um Estado de bem-estar social, usualmente as suas constituições contem programas que preveem a implementação de vários direitos sociais como ideal de justiça, a ser alcançada por objetivos democraticamente definidos pelo titular do poder.

Sobre a vontade popular na construção de um projeto constitucional comprometido com o valor social, a Constituição brasileira de 1988 revela importante experiência:

“Desta forma, e na linha do constitucionalismo ‘comunitário’, o cumprimento dos princípios fundamentais equivale a uma realização de valores. A dimensão axiológica supera, portanto, a dimensão deontológica, pois o conceito de bom

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 11ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 180-181.

tem primazia sobre o *dever ser*, na medida em que os princípios expressam os ‘valores fundamentais da comunidade.’¹⁷

Ainda que de caráter programático, os direitos sociais escolhidos no contrato social – aqui entendido como as modernas constituições – impõe ao Estado a obrigação de promover ações efetivas a fim de concretizar os direitos pactuados por meio de políticas sociais e econômicas. Nesse sentido:

Quando o constitucionalismo ‘comunitário’ brasileiro observa, na Constituição Federal, o alargamento da positivação constitucional das aspirações por mais *igualdade*, não se refere, obviamente, as direitos dos cidadãos a ações negativas por parte do Estado e, portanto, ao *dever de abstenção*, mas sim aos seus direitos a ações positivas por parte do poder público, ou seja, *dever de ação*. Ao dever de ação corresponde, portanto, o direito a prestação.¹⁸

Portanto, a base axiológica dos direitos fundamentais serve como anteparo e limitação do poder estatal, bem como diretriz das ações que o Estado deve promover para atingir os seu objetivo, sob pena de revelar um estado de coisas inconstitucionais.

Dáí o reconhecimento dos direitos fundamentais como função extraordinária de indicar, com sua força vinculadora, os contornos da vontade do titular do poder veiculada democraticamente mediante o contrato social.

Assim, à guisa de conclusão, a frustração da vontade geral nos moldes em que preconiza Rousseau, é o mesmo que negar a força normativa da Constituição. Isso porque a atuação do Estado que se omite na efetivação dos direitos constitucionalmente previstos, está quebrando o pacto civil que o fundou.

¹⁷ CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2000. p. 46.

¹⁸ Idem. p. 49.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret. 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DOS DIREITOS HUMANOS¹

Pedro José de Alcantara Mendonça*

Resumo: O objetivo do presente artigo é apresentar um panorama dos principais fundamentos filosóficos dos direitos humanos com o intuito de se buscar soluções para sua efetivação na sociedade contemporânea, sobretudo pelo crescimento das desigualdades entre as pessoas mais ricas e aquelas marginalizados pela economia global. Posteriormente teceremos considerações sobre a visão relativista e universalista da abordagem dos direitos humanos apresentando algumas críticas e questionamentos às teorias que possam ser úteis para ajudar na implementação concreta desses direitos.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Fundamentos; Universalismo; Relativismo.

1 INTRODUÇÃO

Alguns autores defendem que com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela ONU em 1948, perdeu-se de certa forma a importância de se fundamentar os direitos humanos, já que o obstáculo principal dos direitos do homem atualmente não seria mais a sua base filosófica, mas sim o modo de sua realização, de maneira que a dificuldade eminente não é tanto justificá-los, mas sim protegê-los.²

Dessarte, a preocupação atual não se trataria mais de saber qual a natureza ou o fundamento desses direitos, se seriam direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas a busca de um modo de implementá-los efetivamente, de modo a ceifar qualquer forma de violação.

¹ Artigo solicitado pelo Professor Dr. Robison Tramontina da disciplina “Filosofia Intercultural e Teoria Crítica dos Direitos Fundamentais”

*Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina

² BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campos, 2004.

Diversos teóricos enumeram como causa desta crise de efetivação dos direitos a falta de uma vontade política dos próprios Estados modernos em proteger e assegurar essa gama de direitos.

Contudo, poderíamos questionar se essa decadência dos direitos humanos nos dias atuais, freqüentemente objeto de descumprimentos e desrespeitos, até mesmo por nações com democracias maduras e estáveis, apesar da existência de redes de proteção internacionais, não adviria da fundamentação teórica que o sustenta e confere validade a toda sua previsão e normatização.

Da mesma forma, poderia-se justificar o uso da fundamentação para se edificar uma base sólida aos direitos humanos como uma forma de se conseguir o respeito espontâneo por parte dos cidadãos, sem a necessidade do uso da coação por meio do Estado para fazê-los prosperar e serem efetivamente cumpridos.

Assim, inicialmente teceremos breves comentários, longe de querer esgotar um tema tão vasto e tormentoso, sobre as principais correntes filosóficas que embasam os direitos humanos, apontando suas características principais e algumas diferenças substanciais.

Posteriormente, passaremos a analisar os direitos humanos a partir da perspectiva do relativismo cultural, bem como sob o prisma universalista.

Por fim, a partir de uma análise da fundamentação teórica dos direitos humanos haverá a possibilidade, em tese, de se identificar eventuais vícios nas concepções clássicas de abordagem do tema que, se corrigidos, poderá resultar em uma sociedade mais igualitária e justa a todas as pessoas.

2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DOS DIREITOS HUMANOS

Iniciando o estudo sobre as principais correntes que fundamentam os direitos humanos, começaremos pela mais antiga: o jusnaturalismo.

O direito natural, ou jusnaturalismo, parte da premissa da existência de uma lei natural e de um direito natural que decorre dessa própria lei natural. Assim, supõe a existência de um direito universal, estabelecido pela natureza.

Apesar da existência de correntes distintas dentro do próprio pensamento jusnaturalista, o ponto principal de convergência seria a afirmação de que, além do direito regulamentado pelas leis humanas, haveria uma ordem superior que seria a expressão do direito justo, de acordo com a razão universal e imutável da natureza.

Dessa forma o jusnaturalismo seria calcado na própria natureza humana, a partir de sua observação, de modo que uma conduta passa a ser um direito humano reconhecido quando se conclui ser primordial para a sobrevivência da própria sociedade.

Portanto, a doutrina dos direitos do homem nasceu do jusnaturalismo que, com o objetivo de justificar direitos do homem independentemente do Estado, parte de poucos direitos: o direito à vida, à liberdade e à propriedade, como formas de sobrevivência. De modo que este estado de natureza, como pré-estatal, justificou as exigências de liberdade contra o dogmatismo das Igrejas e o autoritarismo dos Estados.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada pela Assembléia Nacional Francesa em 1789, inspirada de certa forma pelos *Bill of Rights* das colônias norte-americanas em face da metrópole Inglaterra, quanto ao conteúdo, derivaram e se fundamentaram no direito natural.

Passando para a análise do juspositivismo, fundado antigamente em Kant, e mais atualmente em Hans Kelsen e Norberto Bobbio, verifica-se a equiparação entre direito e ética, de modo que o que fundamentaria os direitos humanos é o dever moral, que necessita ser reconhecido e positivado pelo Estado.

Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, estabelece o Direito como um conjunto de normas que regem a conduta humana e cria a famosa pirâmide kelseniana, por meio da qual todos os direitos decorreriam da

Constituição, de modo que uma norma retiraria seu fundamento de validade em uma norma que lhe é necessariamente superior.

Portanto, para Kelson o que confere sentido jurídico aos atos e aos fatos não é o seu ser natural, mas sim uma norma jurídica.

Do mesmo modo, Bobbio estabelece a premissa de que o direito seria uma figura deôntica, que tem sentido preciso somente na linguagem normativa, sendo que não haveria direito sem obrigação, e nem direito nem obrigação sem uma norma de conduta imposta pelo Estado.

Uma das fortes críticas ao juspositivismo se deve ao fato de que para ele não interessaria mais se a lei seria em si justa ou injusta, se afrontaria ou não contra os direitos humanos, pois o que importa dentro do sistema é que é lei e tem caráter normativo de *dever ser*.

Passemos a analisar uma terceira linha argumentativa utilizada para embasar filosoficamente os direitos humanos: o contratualismo.

Em que pese haverem algumas distinções profundas entre seus principais teóricos, a tradição do contrato social funda-se na idéia da busca vantagens recíprocas entre os membros de um grupo como forma de se fugir do estado da natureza.

Dessa feita, a pessoa deixa o estado de natureza por ser mutuamente vantajoso fazer um acordo com os outros indivíduos e conviver em sociedade, a partir de um contrato social no qual abdica de parte de sua liberdade para a manutenção da ordem e da estabilidade.

Na visão de Rousseau o homem seria bom por natureza, “bom selvagem”, e para potencializar suas capacidades agrupa-se e firma o chamado contrato social que, uma vez pactuado, deve ser obedecido e respeitado por todos os membros e não somente por uma maioria.

Por outro lado, Hobbes era mais pessimista, afirmando que o homem seria mau por natureza e, para evitar a guerra de todos contra todos, “o homem é o lobo do homem”, convencionou o contrato social.

Assim, para Hobbes a origem das sociedades amplas e duradouras foi o medo recíproco e não a boa vontade de uns para com os outros membros do grupo.

Para os contratualistas mais modernos, como Habermas e Rawls, o direito humano será aquilo que nós pactuarmos ser direito do homem.

Merece destaque a Teoria de Justiça de Rawls, para o qual o objeto principal da justiça seria definir uma estrutura básica pela qual as principais instituições sociais distribuiriam os direitos e os deveres fundamentais entre seus membros, bem como estabeleceriam o modo de repartição dos benefícios oriundos do sistema de cooperação associativo.

Em sua concepção, os princípios da justiça deveriam ser escolhidos por traz de um *véu de ignorância*, no qual todas as pessoas estariam em situação igualitária e ninguém poderia propor princípios que favorecessem a sua própria situação, de forma a se chegar a um acordo ou pacto justo.

Por fim, existem os autores da linha do historicismo sociológico.

Para eles, o fundamento dos direitos humanos estaria basicamente nos costumes de uma sociedade ou de uma cultura.

Destarte, autores como Savigny, Ihering e Miguel Reale defendem que o fundamento dos direitos humanos estaria basicamente nos costumes de uma sociedade ou de uma cultura em uma determinada época e local, de modo que o homem não teria natureza, mas sim história.

3 UNIVERSALISMO VERSUS RELATIVISMO

Nesse tópico passaremos a analisar as teorias que avaliam os direitos humanos a partir da perspectiva do relativismo cultural e aquelas que os vêem sob o prisma universalista ou individualista, em razão de que a abordagem escolhida impactará fortemente em seus fundamentos morais.

Diversamente do relativismo moral que não tem tido muita influência na filosofia moderna, o relativismo cultural tem sido freqüentemente utilizado como um argumento contra a universalidade dos direitos humanos.

Desse modo, inicialmente examinaremos alguns princípios e aspectos do relativismo cultural, particularmente no contexto dos direitos humanos internacionais.

Alguns autores afirmam que as culturas manifestam, de forma ampla e diversificada, uma gama de preferências, bons costumes, motivações e avaliações que não haveria que se falar em princípios de direitos humanos por serem tidos como auto-evidentes e reconhecidos em todos os tempos e lugares.

Os relativistas culturais, por sua vez, em sua posição conceitual mais agressiva, argumentam que não há direitos humanos absolutos, já que os princípios que podem ser usados para julgar o comportamento são relativos à sociedade em que estão sendo levantados, pois existe uma variabilidade cultural infinita e todas as culturas são moralmente iguais e legítimas.

Sendo assim, a verdade seria apenas por um tempo e lugar, pois é identificada e delineada pelos padrões culturais da sociedade que a define.

Portanto não haveria verdades universais em matéria de justiça a partir das quais se poderia deduzir direitos ou normas.

Sabe-se que durante o período colonial muitos antropólogos ocidentais, imbuídos de sentimentos de superioridade, deram a outras culturas um *status* de inferioridade, as quais foram tidas como primitivas ou bárbaras sem qualquer importância ou significância.

Entretanto, após o fim da Segunda Guerra Mundial, os antropólogos e os sociólogos ocidentais admitiram o erro e abraçaram o conceito de relativismo cultural como um contraponto à colonização.

Neste contexto, merece destaque o antropólogo francês Claude Lévi-Strauss que argumentou em favor das diferenças e da independência dos valores culturais, dando ao relativismo cultural uma moral ou postura ética, quando afirmou que todas as culturas seriam moralmente iguais e legítimas.

Entretanto, sugerir que os direitos fundamentais poderiam ser substituídos ou ajustados à luz das práticas culturais desafia implicitamente a justificção moral de um sistema universal de direitos humanos.

Sendo assim, como contraponto aos relativistas, nos termos do elencado por Shestack³, os universalistas afirmam que haveria uma universalidade de requisitos morais básicos manifestados em juízos de valor por todas as sociedades humanas.

Dessarte, todos os povos mostram uma preocupação com o valor da vida humana, de modo que em nenhuma a matança de outros seres humanos é permitida sem alguma justificção clara; estabelecem alguma proibição ao incesto, alguma oposição a uma promiscuidade ilimitada e ao estupro, bem como oferecem algum favor para a estabilidade e a permanência nas relações sexuais entre seus membros.

Da mesma forma, ostentam uma preocupação com a verdade; têm uma proteção à cooperação e à prevalência do comum sobre o bem individual; possuem práticas religiosas; e exibem uma preocupação com os poderes ou os princípios que devem ser respeitados como supra-humanos.

Dessa forma, haveria uma receptividade universal a alguns direitos fundamentais, pois os mesmos seriam prestigiados por diferentes culturas e povos.

4 APONTAMENTOS E CRÍTICAS A TEORIA UNIVERSALISTA E A RELATIVISTA

Passando a abordar algumas considerações críticas feitas pelos universalistas a teoria relativista, verifica-se que o tema da identidade cultural mostrou-se atraente para muitas ex colônias, pois ajudou a romper

³ SHESTACK, Jerone Joseph . The Philosophic Foundations of Human Rights. Disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=oahUKE-wjF7K-hhcrOAhUDQZAKHUeIBTIQFggyMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stevendroper.com%2FShestack.doc&usq=AFQjCNGF4rsYVjpJyKouE682RVZFQZqTMw&bvm=bv.129759880,d.Y2l>

com o imperialismo ocidental ao constituir um meio de resistência às regras do domínio colonial, bem como permitiu aos colonizados afirmarem suas diferenças culturais e transformou o que os colonizadores tinham ridicularizado em um motivo de orgulho para os seus membros.

Entretanto, esse relativismo cultural também vem sendo utilizado por governantes repressores para justificar suas práticas dominantes, quando afirmam que a cultura de sua sociedade aceita aquelas condutas e que a criticar aqueles hábitos seria impor o imperialismo cultural ocidental sobre a sua cultura local.

Shestack enumera que se verifica facilmente, em alguns casos práticos, que a repressão que um governo autoritário utiliza como justificativa de ser uma identidade cultural de seu povo não se mostra uma tradição local quando um governo democrático o substitui.

Da mesma forma, existiriam muitos exemplos de povos com culturas parecidas e similares, que vivem praticamente lado a lado, no qual um estado condena as violações dos direitos humanos e o estado homólogo comete abusos e desrespeitos sob o manto de um falso culturalismo.

Assim, a maioria das violações dos direitos humanos não são legitimamente identificadas com a autêntica cultura de qualquer sociedade, mas apenas impostas por seus governantes autoritários.

Apenas a título de contraponto, gostaríamos de destacar que se poderia entender pela leitura do artigo que defenderíamos a idéia de que apenas governos totalitários desrespeitariam as regras de direitos humanos, o que não se mostra verdadeiro, já que temos a consciência de que muitos países democráticos, com um sistema de direitos e garantias maduro, cometem violações sob a justificativa de proteção a sua soberania e segurança nacional, como pode ser verificado pelo tratamento dispensado pelos EUA aos presos em Guantánamo acusados de terrorismo.

Uma outra crítica que se faz aos relativistas culturais seria que muitas vezes interpretam erroneamente os atributos de comunidades cul-

turais, pois tendem a olhar para as culturas a partir de uma forma estática, com a romântica perspectiva de que as sociedades tradicionais seriam imutáveis, não afetadas pela história humana ou pela dinâmica das mudanças culturais.

No entanto, essa visão não levaria em conta o dinamismo e a flexibilidade da cultura que normalmente oferece aos seus membros uma gama de opções de desenvolvimento, ou está disposta a acomodar as diferentes respostas individuais às suas normas, mesmo preservando alguns valores legítimos da sua tradição autêntica.

Entretanto poderíamos rebater essas críticas com algumas indagações. Será que este dinamismo e flexibilidade defendidos pelos universalistas não teriam como objetivo fazer com que essas culturas distintas se adequem a seus padrões de costumes e comportamento? Essa mudança não adviria da própria necessidade da cultura ocidental de irradiar seus efeitos para mercados de consumo ainda inexplorados?

Outro ponto abordado pelos universalistas, seria que a dinâmica da mudança foi acelerada nesta era tecnológica e comunicativa de modo que muitas sociedades fechadas, uma vez expostas aos benefícios individualistas, procurariam incorporar esses valores e interesses a sua cultura.

Da mesma forma poderíamos questionar. A quem interessaria esse apreço a tecnologia? Toda tecnologia é benéfica? Esses novos valores seriam de interesse das culturas afetadas? Não seria até uma contradição o fato de que as novas tecnologias enaltecem o caráter individualista dos cidadãos em detrimento de defesa e da busca de interesses coletivos de todo o grupo social?

Para propiciar essa disseminação, os universalistas defendem a necessidade de se garantir um discurso livre entre as culturas para que os benefícios dos direitos humanos possam ser conhecidos pela maior quantidade de pessoas possível.

Seguindo com as dúvidas. Será que a maioria dos discursos seriam livres? A imprensa mostra-se de fato plural? Os meios de comunicações oferecem variadas e multiplas expressões de idéias e pensamentos? Ou estariam nas mãos de grupos econômicos com interesses escusos que apenas disseminam as informações e os dados que lhes proporcionem um melhor resultado financeiro?

Evidentemente, por a mídia também ser um empresa que visa lucros e possui interesses próprios, mostra-se totalmente falaciosa a alegação de imparcialidade de seus comentários e opiniões veiculadas aos cidadãos.

Por fim, atualmente, a grande maioria dos estudiosos relativistas aceitam que, pelo menos, alguns valores de direitos humanos seriam absolutos, condenando algumas práticas abusivas e deletérias, de modo que o sofrimento e o abuso, por exemplo, não seriam culturalmente autênticos e não poderiam ser justificados em nome do relativismo cultural.

Da mesma forma, não se pode negar que, em que pese continue o conflito existente entre as teorias universalistas e relativistas, muitos princípios fundamentais de direitos humanos tornaram-se universais, em virtude que entraram em vigor no direito internacional como jus cogens, direito consuetudinário, convenção ou tratado internacional.

Assim, essa ampla aceitação por muitas nações em todo o mundo dos principais tratados de direitos humanos poderia ser tomada, pelo menos no plano jurídico, se ainda não na prática, como um eventual triunfo do universalismo sobre o relativismo.

CONCLUSÃO

Como exposto no decorrer deste artigo, muito se discute a respeito dos fundamentos dos direitos humanos, com questionamentos se os mesmos seriam absolutos, relativos, inatos, decorrentes da própria nature-

za humana, mas pouco se debate sobre as formas da implementação fática de direitos e garantias básicas para um melhor convívio em sociedade.

Em uma época em que se mostra praticamente consolidado a existência de alguns valores fundamentais inquestionáveis em diferentes povos e culturas, prestigiados em declarações e cartas de direitos das mais díspares culturas e povos, vislumbra-se cotidianamente o crescimento pobreza e das desigualdades entre as pessoas e as nações, na qual cidadãos de um povo possuem plena condição de desenvolverem as suas potencialidades, ao passo que outros estariam totalmente desprovidos de oportunidades e sem as mínimas condições de ter um existência digna.

Da mesma forma, verifica-se uma acirramento da intolerância religiosa e política a níveis nunca antes atingidos, notadamente pela facilidade da circulação de pessoas e informações no mundo moderno o que, paradoxalmente, dificulta o próprio controle do Estado e da sociedade a estes grupos tidos por extremistas.

Nesse momento poderia se questionar se a sociedade contemporânea vem de fato proporcionando uma melhor qualidade de vida a seus cidadãos, na qual a vida seja realmente digna de ser vivida, se é que poderíamos estabelecer alguma concepção de dignidade livre de qualquer cunho religioso, vício ou crença cultural, bem como moralmente aceita indistintamente por todos os povos.

Talvez uma das alternativas seria também discutir os fundamentos dos direitos humanos sob uma perspectiva crítica, na qual mereceria destaque os estudos de Joaquín Herrera Flores, por meio do qual esses direitos seriam concebidos como processos de constante luta pela dignidade humana, dentro da qual seriam resultado de uma reação cultural dos povos frente a formas de dominação impostas pelo poder dominante que impedem a construção de projetos de vida de fato dignos.

Longe de querer esgotar tão tormentoso tema, neste artigo apenas destacamos alguns fundamentos tradicionais dos direitos humanos a

partir de uma perspectiva universal, bem como de um prisma relativista, ao fazermos um contraponto de que a valoração das condutas estaria sempre refletida na próprio ambiente em que esta inserido o avaliador, aspecto cultural, em razão de que ninguém almeja ou detesta algo que desconheça por completo ou que nunca tenha vislumbrado diante de seus olhos.

Sendo assim, apesar de vivenciarmos um momento em que alguns valores alcançaram um prestígio inédito na história, a sua concreta efetivação paradoxalmente parece escapar por entre nossos dedos, levando-nos a continuar tentando encontrar caminhos que levem a implementação de um núcleo mínimo de direitos humanos que propicie de fato uma vida digna a todas as pessoas indistintamente. Seguimos na luta.

REFERÊNCIAS

BECKER, Lawrence C. Property Rights - Philosophic Foundations. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=XVHXAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campos, 2004.
MARKOVIC, Mihailo. Philosophical Foundations of Human Rights. Disponível em: <<https://www.marxists.org/archive/markovic/1981/human-rights.htm>>.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
SHESTACK, Jerone Joseph. The Philosophic Foundations of Human Rights. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjF7KhhcrO-AhUDQZAKHUeIBTIQFggyMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stevendroper.com%2Fshestack.doc&usg=AFQjCNGF4rsYVjpJyKouE682RVZFQZqT-Mw&bvm=bv.129759880,d.Y2l>>.