

Organizadores
Robison Tramontina
Grazieli Ana Paula Schmitz
Luís Renato Martins de Almeida

Pensando Filosoficamente os Direitos Humanos Fundamentais **III**

Série Ensaios



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação: Tiago de Matia
Revisão metodológica: Gilvana Toniélo
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro
Capa: Simone Dal Moro

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

P418 Pensando filosoficamente os direitos humanos fundamentais III / organizadores Robison Tramontina, Grazieli Ana Paula Schmitz, Luís Renato Martins de Almeida. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2018.
490 p. ; 23 cm. – (Série Ensaios)

ISBN 978-85-8422-188-2

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos humanos. I. Tramontina, Robison, (org.). II. Schmitz, Grazieli Ana Paula, (org.). III. Almeida, Luís Renato Martins de, (org.).

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
Ildo Fabris
Campus de Xanxerê
Genesio Téo

Pró-reitora de Graduação
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Pesquisa,
Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria
Cleunice Frozza

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Tiago de Matia
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Jovani Antônio Steffani
Lisandra Antunes de Oliveira
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Ieda Margarete Oro
Silvio Santos Junior
Carlos Luiz Strapazon
Wilson Antônio Steinmetz
Maria Rita Chaves Nogueira
Marconi Januário
Marcieli Maccari
Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

PENSANDO FILOSOFICAMENTE OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS III	5
--	---

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

A LIBERDADE EM RAWLS: UM ESTUDO FILOSÓFICO ACERCA DA SUA APLICABILIDADE	9
Anna Leticia Piccoli	

AS AÇÕES AFIRMATIVAS NA PERSPECTIVA RAWLSIANA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE.....	41
Douglas Cristian Fontana	

A LIBERDADE EM JOHN RAWLS	69
Douglas Marangon	

A RAZÃO PÚBLICA NA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS	95
Jeferson Osvaldo Vieira	

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GUARDIÃO DA RAZÃO PÚBLICA I I 9 João Paulo Finn	
---	--

RESERVA DO POSSÍVEL E O PROJETO DESENVOLVIMENTISTA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ALTERNATIVAS PARA A CONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NO CASO CONCRETO	153
Renan Zucchi	

A LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA NO BRASIL SOB O ARGUMENTO DO ESTADO LAICO À LUZ DO ENTENDIMENTO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1988, NA ÓTICA DE JOHN RAWLS	189
Rodolfo Ferreira Pinheiro	

O LIMITE DA PROTEÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA E PSICOLÓGICA À LUZ TEORIA DE JOHN RAWLS	211
Sandro Zancanaro	

PRINCÍPIOS ESTRUTURAIS DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL À LUZ DO UTILITARISMO E DO CONTRATUALISMO RAWLSIANO	229
Vinicius Secco Zoponi	

CAPÍTULO II – A TEORIA DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

ANÁLISE DA CONCEPÇÃO DE DIGNIDADE HUMANA NA VISÃO DE MARTHA NUSSBAUM	263
Alessandra Franke Steffens	
A AUTONOMIA DA VONTADE NA PERSPECTIVA DA FILOSOFIA-MORAL DO ENFOQUE DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM.....	287
Cassiane Wendramin	
AS CAPACIDADES E AS PESSOAS VULNERÁVEIS NA BUSCA DA JUSTIÇA PARA MARTHA C. NUSSBAUM	307
Eduardo Bonamigo	
AÇÕES AFIRMATIVAS: INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, EM FAVOR DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, E EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL, SEGUNDO UMA VISÃO DE MARTHA NUSSBAUM	319
Juliano Serpa	
CAPACIDADES DO SER HUMANO COM DEFICIÊNCIA: UMA VISÃO A PARTIR DE MARTHA C. NUSSBAUM	359
Michele Martins da Silva	
ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI 13.146/2015) SOB A ÓTICA DAS CAPACIDADES E DA TUTELA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS TRATADAS POR MARTHA NUSSBAUM	387
Rosana de Cássia Ferreira	

CAPÍTULO III – FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

EDUCAÇÃO BÁSICA E O DIREITO AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS CAPACIDADES INDIVIDUAIS	413
Cleber José Tizziani Schneider	
OS PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	441
Ivanir Alves Dias Parizotto	
O TRABALHO COMO FORMA DE CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DO INDIVÍDUO	467
Rosane Machado Carneiro	

PENSANDO FILOSOFICAMENTE OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS III

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 2017, dadas as numerosas possibilidades de fundamentações filosóficas possíveis, optou-se por apresentar e analisar duas teorias, a saber: a de Rawls e Nussbaum. No decorrer do referido semestre as propostas teóricas mencionadas foram apresentadas e analisadas. 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
Grazieli Ana Paula Schmitz
Luís Renato Martins de Almeida

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



A LIBERDADE EM RAWLS: UM ESTUDO FILOSÓFICO ACERCA DA SUA APLICABILIDADE¹

Anna Leticia Piccoli²

I INTRODUÇÃO

Este artigo busca fazer uma análise de cunho filosófico acerca do direito à liberdade, em especial como pilar das prestações sociais do Estado. Para tanto, busca-se examinar as obras Rawlsianas: “Uma Teoria de Justiça” e “Liberalismo Político”, aprofundando a diferença no trato de direitos sociais, especialmente relacionados sob uma ótica liberal.

O tema do estudo relaciona-se com o conceito filosófico da liberdade e o problema consiste na utilização deste direito como forma de concretização de direitos sociais. A tese central reflete-se na teoria de Rawls acerca das liberdades, para então poder ser estudada seu emprego especificamente no que concerne aos direitos sociais.

O objetivo é uma descrição abrangente do tema de liberdades para que possa ser utilizada nas mais diversas formas de aplicação social, vez que, em um primeiro momento, há uma divisão doutrinária entre direitos civis, revelados pela abstenção do Estado, bem como direitos

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

² Especialista em Novo Sistema Processual Civil Brasileiro; mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bolsista da CAPES; Advogada.

sociais, compreendidos como onerosos e que demandam participação estatal.

O método a ser utilizado é o dedutivo, a partir do qual se buscam fundamentos que equilibrem estes direitos, que será desenvolvido por meio da pesquisa bibliográfica. O artigo desdobrar-se-á em quatro tópicos fundamentais, quais sejam: os contributos de Rawls para o estudo dos direitos sociais; a liberdade interpretada pelas obras do autor; uma breve explanação do que são os direitos sociais; e a liberdade a ser utilizada como fundamento de aplicação de tais direitos.

Portanto, a primeira parte dedica-se a compreender que Rawls idealiza uma sociedade que se reúne sob o véu da ignorância, sem identificar perfis econômicos, culturais ou políticos de discernimento dos pilares que ele considera como princípios da sociedade, quais sejam a igualdade e a liberdade, o que reflete em uma sociedade utópica em que o mínimo social pode ser atendido por meio de um encadeamento de direitos que se partilham de forma justa e em consequência dos bens primários.

O primeiro princípio reconhecido pelo autor refere-se ao fato de que cada pessoa deve ter iguais direitos de liberdades, da forma mais abrangente possível, com um sistema de iguais liberdades para todos – sem que a liberdade de um atinja o direito de outrem; enquanto o segundo princípio decorre de que as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo, tragam maior benefício possível para os menos favorecidos, e sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

O segundo tópico volta-se especialmente na obra “O Liberalismo Político”, em que Rawls traz uma ideia de liberdades básicas, que consistem nas liberdades políticas; de expressão e reunião; de consciência e de pensamento; da pessoa; e direito a propriedade privada e a proteção contra prisão e decisões arbitrárias, sendo que devem ser iguais.

Além disso, trata acerca da organização de direitos e deveres nas estruturas básicas, sendo considerada como eficiente quando não se pode mudar as regras sem diminuir as expectativas do cidadão, resguardando o princípio da liberdade, podendo ser alterada somente a distribuição de rendas e riquezas.

É possível depreender da leitura das liberdades fundamentais sob a lente filosófica de Rawls, que o autor defende a liberdade econômica e a autonomia da vontade, ou seja, defende uma estrutura liberal, mas contrapõe falando que uma sociedade precisa apresentar uma igualdade de oportunidades e aceitar as desigualdades para beneficiar os menos favorecidos.

No que tange ao capítulo dedicado aos direitos sociais, busca-se conceituá-los de forma a compreender sua efetividade tanto em prestações positivas quanto negativas do Estado, demonstrando a similaridade entre direitos sociais, civis e políticos, a fim de compreender como que a liberdade pode ser uma ferramenta de sua efetivação.

O tópico final busca demonstrar que o direito a liberdade pode ser compreendido, portanto, como uma forma de embasar todos os outros direitos. Demais filósofos como Hobbes, Lock, Rosseau, John Mill, Kant descrevem a liberdade como liberdade fundamental, intrínseca ao ser humano, que sequer precisaria ser positivada, vez que é fundamento para o exercício de quaisquer outros direitos.

Outro exemplo é a filosofia de Amartya Sen, que trata do crescimento econômico não como um fim em si mesmo, mas como uma melhoria de vida à população, relacionando com a maior proteção dos direitos sociais que embasam o mínimo existencial, bem como fortalece as liberdades, sendo esta uma forma de promover os direitos sociais.

Garantir a liberdade é, acima de tudo, uma forma de garantir a própria democracia e a dignidade da pessoa humana, vez que respeita

diversos valores e propicia que os cidadãos, além de estarem protegidos das arbitrariedades do Estado, participem das decisões dos poderes.

Por fim, é possível fazer uma conexão com a garantia da liberdade e a proporcional execução dos direitos sociais, vez que sem aquela não seria possível reconhecer as desigualdades, permitir a livre escolha e tornar o Estado responsável pela garantia do mínimo existencial como forma de preservação da vida.

2 CONTRIBUTOS FILOSÓFICOS À FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA CONTRIBUIÇÃO RAWLSIANA

Precipualemente torna-se essencial apontar que a filosofia de Rawls é de suma importância contributiva para fundamentar os direitos sociais, mais especialmente quando se observam as leituras das obras “A teoria da justiça”, de 1971, e “Liberalismo Político”, de 1993 (RAWLS, 1971, 1991). Até porque, embora o mesmo autor tenha escrito ambas as obras, denota-se uma profunda diferença na maneira de tratar sobre os direitos sociais, que parte de uma noção delineada sob uma perspectiva liberal.

Deste norte, a obra “A Teoria da Justiça” aponta como principais direitos do século XX as liberdades básicas, entendidas como direitos subjetivos, ao passo que aquilo que se entende como mínimo social – espelhado na satisfação das necessidades básicas do ser humano, o que se conhece como direitos fundamentais sociais ou conteúdos constitucionais essenciais – relaciona-se às competências legislativas do Estado de Direito (RAWLS, 1971, p. 277). Compostas as liberdades básicas, suas importâncias são estabelecidas:

Uma liberdade tem importância maior ou menor dependendo de seu envolvimento, num grau maior ou menor, no exercício pleno, bem-informado e efetivo das capacidades morais em um dos dois (ou ambos) casos fundamentais, ou na medida em que é um meio

institucional mais ou menos necessário para protegê-las. Assim, o peso de reivindicações específicas de liberdade de expressão, de imprensa e discussão deve ser avaliado de acordo com esse critério. (RAWLS, 2000, p. 392).

Na obra em estudo, ao tratar da justiça como equidade, o autor idealiza uma sociedade como instituição que se constitui a partir de pessoas que ainda estão em sua posição original, sem conhecimento de quais serão suas necessidades ou que posição ocupará, sendo a neutralidade elemento crucial para eleição dos princípios de justiça e as regras de prioridades³ que regularão tal meio social, podendo ser interpretado, portanto, como uma teoria de inspiração contratualista-idealista.⁴

Nesta vertente de neutralidade e decisões tomadas na condição da posição original, Rawls não identifica os perfis econômicos, culturais e políticos, de discernimento dos pilares que ele considera como princípios da sociedade, quais sejam a igualdade e a liberdade, o que torna seu argumento frágil a partir da visão em que os direitos sociais ganham importância, em especial, devido as diferenciações materiais que o cotidiano impõe.

Em que pese à ideia Rawlsiana seja efetiva quando se trata de igualdade material, vez que todos estão em igualdade de situação na posição original para determinar os princípios de justiça da sociedade que conviverão, concedendo, assim, o igual direito das liberdades básicas (compreendidas fundamentalmente como gozo dos direitos individuais – de ir, vir, manifestar pensamento, crença religiosa, hábitos e costumes, de participação política, reunião e associação pacíficas, de propriedade, etc.⁵), é deficitária quando se trata da igualdade substancial, vez que depende

³ Rawls (1971, p. 280) estabelece duas regras de prioridades à aplicação dos princípios de justiça: (a) prioridade à liberdade, no sentido de que os princípios de justiça devem ser classificados em ordem lexicográfica, pois as liberdades básicas só podem ser restringidas a favor da liberdade; (b) prioridade da justiça sobre a eficiência e o bem-estar.

⁴ De matriz kantiana, rousseauiana e lockeniana.

⁵ Em suma, direitos civis e políticos.

da posição que se encontra na sociedade para necessitar em maior ou menor grau da intervenção estatal para garantia do mínimo existencial.

Por sermos uma sociedade democrática regulada pelo direito, revelando uma matriz kantiana já superada, a teoria de Rawls apresenta certas lacunas, como afirma Arango (2008, p. 241):

La formulación del primer principio de justicia en términos de igual derecho al sistema más extenso de libertades básicas compatible con el mismo sistema para todos, y la prioridad de la libertad sobre los demás bienes sociales, rememora en Rawls la tesis de Kant de que la autonomía es el derecho humano por excelencia (Immanuel Kant, la metafísica de los costumbres, Tecnos, Madrid, 1994, p. 42). En Rawls, se equiparan así los derechos constitucionales y las libertades básicas, hasta el punto de excluir de los primeros a los derechos sociales, los cuales presuponen, no ya el simple respecto a la libertad de los ciudadanos, sino el otorgamiento de prestaciones a su favor.

Toma-se a cautela de compreender que a teoria do autor ora estudado se reflète em uma teoria utópica em que o mínimo social pode ser atendido por meio que um encadeamento de direitos que se partilham de forma justa e em consequência do exercício dos bens primários, que vai ser reconhecido pelo autor na obra *Liberalismo Político*.⁶ Essa ideia de partilha de direitos trazida a lume pela teoria da justiça de Rawls, em que pese remeta à ideia de Rousseau, quando discorre sobre o *bom selvagem*, necessita de uma teoria política que se volte para o tema do mínimo social, bem como o que se chama de conteúdos constitucionais essenciais.

A *Teoria da Justiça* de Rawls não trata os direitos sociais com a mesma primazia constitucional que os direitos civis e políticos, e isso decorre do fato de que eles não podem ser garantidos de forma igual, na visão do autor, vez que são dependentes de recursos orçamentários e disponibilidades materiais de matérias que merecem regulação por competência legislativa própria (RAWLS, 1991, p. 281).

⁶ Esse debate é absolutamente contemporâneo, haja vista, por exemplo, os excessos cometidos pelo ativismo judicial que assistimos no país, enfraquecendo os pressupostos e as bases da democracia representativa. V., nesse sentido, Leal (2008, p. 383) e Bercovici (2004, 2008, p. 149).

Rawls é um autor que, no decorrer dos anos, modifica sua compreensão da própria teoria, e a aprimora, como se denota na leitura de suas obras. Portanto, no ano de 1987, o autor já possui uma visão diferente do princípio de justiça descrito, sendo em que, quando se trata de um *sistema jurídico adequado constitucionalmente*, há dois elementos que merecem destaque: os conteúdos constitucionais essenciais e o mínimo social (RAWLS, 1995, p. 76).

Nesse contexto, os argumentos apresentados pelo autor são que os constitucionais essenciais e os assuntos de justiça básica (*matters of basic justice*) são primordiais para basear a ordem constitucional democrática em *valores políticos de alto nível*, em que sua aceitação é esperada dos cidadãos que gozam de igualdade e liberdade. O segundo argumento refere-se à concepção política de justiça mais razoável de um regime democrático, ainda liberal, sendo reconhecida como aquela que protege os direitos básicos típicos e confere uma importância especial, incluindo medidas que possibilitem que todos os cidadãos tenham meios materiais suficientes para fazer uso efetivo dos direitos básicos elencados, o que se conhece por mínimo social (RAWLS, 1995, p. 79).⁷

Ao que se denota, o autor parece estar amadurecendo sua teoria a partir de uma visão que mantém os direitos individuais, mas que migra sua base para uma natureza com função mais social, como categoria de bem-estar, reconhecendo que:

El contenido constitucional esencial aquí es más bien que, debajo de un cierto nivel de bienestar material y social, y de entrenamiento y educación, la gente simplemente no puede participar en la sociedad como ciudadanos, y mucho menos como ciudadanos iguales. Lo que determina el nivel del bienestar y educación que permite esto no es una cuestión que deba dirimir una concepción política. (RAWLS, 1995, p. 78).

⁷ Aduz o autor que *Tiene que haber una legislación fundamental que garantice la libertad de conciencia y la libertad de pensamiento políticos; además de eso, se necesitan medidas que aseguren que las necesidades básicas de todos los ciudadanos pueden ser satisfechas para que puedan participar en la vida política y social.*

É deste ponto que surge a tese que os conteúdos constitucionais essenciais não podem ficar à mercê da vontade ou interpretação dos governos de turno ou conjunturas políticas particulares ou mesmo a cargo da discricionariedade dos administradores públicos, mas se impõe como condição fundamental para as constituições cuja sociedade que regularão são democráticas e de direito. Essa afirmação se traduz, portanto, no fato de que: *for democracy's sake we should not simply follow our private preferences, as if we were consumers, but must act like citizens, that is, to justify our preferences with public reasons.*⁸

De forma discreta, Rawls revisa seu posicionamento de justiça social ideia e passa compreender a justiça social como material, vez que reconhece que determinados bens e interesses devem ser mantidos em uma sociedade democrática, compreendida com todo pluralismo de ideias e pessoas que a caracterizam. Esses bens e interesses são reflexos de determinadas necessidades sociais que transpassam a condição de preferência individual e, somadas, apresentam a prioridade da própria comunidade, resultando de circunstâncias constituídas por meio de um determinado processo em um espaço e tempo daquela realidade social. Denota-se, portanto, uma substituição de ideia de necessidade e preferência subjetiva para objetiva.⁹

Somente no início da década de 1990 que Rawls harmoniza sua teoria de justiça como equidade com sua teoria política de justiça – em que pese a tenha iniciado uma década antes, e permitiu tomar níveis de

⁸ Questiona esse autor: *Now, on the face of it, no one committed to the public cause can seriously disagree with this. We are all inclined to subscribe to this intuition. Who would oppose the notion that democratic politics should mean civic empowerment, that it should involve the emancipation of citizens? In a democracy, we expect the citizen to act like someone who puts the general interest before her own, to become a public reasoner so as to provide better explanations and justifications for her preferences.* (DRUZEN, 2007, p. 53).

⁹ Aduz o autor que: *Detrás de la introducción de los bienes primarios está el propósito de encontrar una base pública practicable de comparaciones interpersonales fundadas en rasgos objetivos e inspeccionables de las circunstancias sociales de los ciudadanos siempre con el pluralismo razonable como trasfondo* (Op. cit., p. 78). Mais tarde, no texto sobre o liberalismo político, Rawls vai reconhecer que uma concepção pública efetiva da justiça inclui um entendimento político em torno do que se deve reconhecer publicamente como necessidades dos cidadãos enquanto vantajoso para todos (RAWLS, 1971, p. 212).

profundidade na sua abordagem de liberalismo político – em que o ideal de razão pública se formula de forma mais consistente, vez que subtrai importantes matérias do âmbito deliberativo e decisório dos poderes instituídos.

Como requisitos para um direito ser considerado com conteúdo constitucional essencial, Rawls apresenta três condições: a possibilidade de justificá-los frente à qualquer um; o fundamento em realidades reconhecíveis de forma fácil e aceitáveis no sentido comum que possam ser demonstrados por meios científicos; e o dever de ser completos, como forma de apresentar uma resposta pública e razoável em qualquer situação – ou na maioria daqueles relacionados com os conteúdos constitucionais essenciais (RAWLS, 1971, p. 259).

Destarte, infere-se que Rawls sustenta que o mínimo social deve ser garantido pelos juízes a partir da especificação das necessidades básicas do povo que forma a sociedade, não implicando uma posição moral compreensiva em que os magistrados que os garantem devem possuir certa concepção de mundo, mas operando com a lógica de que existiria um operador jurídico neutro.

3 AS LIBERDADES FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DE RAWLS

Na obra *Liberalismo Político* Rawls (1993, p. 343-344) busca fazer um ensaio para preencher as lacunas sobre as liberdades fundamentais e suas prioridades deixadas por Hart.¹⁰ Ele reconhece que a prioridade das liberdades básicas não estão bem explanadas no plano da posição original, bem como que, na aplicação dos princípios de justiça, tanto no

¹⁰ Em sua obra *Teoria da Justiça*. Rawls também faz um agradecimento especial ao autor pelas suas críticas, explanando que este ensaio busca responder alguns questionamentos deixados na sua obra anterior, bem como salienta que se aplica tão somente nas condições de sociedade bem ordena a que se refere em toda obra.

plano legislativo quanto judiciário, não há uma definição clara sobre qual das liberdades fundamentais devem ser ajustadas uma a outra. São essas duas críticas que o autor busca responder.

Antes de esmiuçar as lacunas deixadas em sua obra anterior, Rawls ressalva que todos possuem direito igual ao sistema mais adequado possível de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com um similar de liberdade para todos; além de que, reconhece as desigualdades sociais como pressuposto para sua teoria, como forma de que, as diferenças sociais e econômicas satisfaçam suas condições, a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidade e a concessão do maior número de benefícios possíveis aos membros menos privilegiados, respectivamente.

Ademais, é possível verificar uma lista de liberdades fundamentais, qual seja: a liberdade de pensamento e de consciência; as liberdades políticas e de associação; e os direitos e liberdades abarcados pelo império da lei.

É importante salientar que não se atribui nenhuma prioridade a liberdade como tal, como se tivesse um valor específico, mas a “liberdade” é a nessa finalidade da justiça política e social, o que não permite que seja priorizada uma liberdade específica, mas o termo em sua essência (RAWLS, 2008, p. 65).

No decorrer dos anos, o pensamento democrático foi crucial para que se buscasse a aquisição de certas liberdades específicas, bem como direitos constitucionais básicos, que efetivassem a dignidade do homem. Rawls acredita que há duas formas de construir um rol de liberdades: a primeira é voltada na pesquisa histórica na qual anotam-se as liberdades conquistadas em outras sociedades democráticas e a segunda – utilizada neste artigo – é considerar que são condições sociais essenciais para desenvolver o exercício pleno de capacidades da personalidade moral ao

longo de toda vida, supondo que seria a forma mais fácil de atingir o objetivo inicial da justiça como equidade.

Em que pese o autor trate as liberdades como princípio fundamental, deixa claro de forma reiterada que a caracterização destas liberdades elencadas é uma forma de selecionar os princípios de justiça entre as alternativas selecionadas, sempre recordando que tal escolha se dá quando ocupada à posição original, que é suficiente para derivar uma lista de liberdades e princípios de justiça que lhes dão prioridade.

A prioridade à liberdade decorre, antes de tudo, que o primeiro princípio de justiça atribui as liberdades fundamentais um *status* especial, possuindo um peso absoluto com respeito às razões do bem público e dos valores perfeccionista (noções especificadas independente da noção de justo, como uma satisfação do desejo ou interesses ou preferências dos indivíduos).¹¹

Assim pode ser entendida a prioridade da liberdade quando do entendimento da justiça como equidade, que se justifica na noção de que as partes na posição original, enquanto agentes livres e racionais, terão o interesse em garantir certas liberdades. Deste modo, o motivo pelo qual se funda um sistema total de liberdades básicas iguais asseguradas após a retirada do véu da ignorância decorre na sua capacidade de entendimento de uma noção de bem e um senso de justiça a ser buscado na sociedade que está sendo construída.

O autor compreende que por terem todas mesma relevância, é comum o conflito entre liberdades. Isto implica dizer que a prioridade das liberdades faz com que uma liberdade fundamental só possa ser limitada em nome de outra liberdade fundamental, e nunca por razões de bem-estar geral ou de valores ditos perfeccionistas, sempre atendendo a menor violação social.

¹¹ V. Teoria da Justiça, p. 24-26.

Sobre a possibilidade de limitação das liberdades como Rawls aponta, não são absolutas, Stuart Mill (1806, p. 80) como utopia que ainda era na época, retrata que a expressão livre de todas as opiniões deve ser permitida sob a condição de que não passe dos limites de uma discussão honesta. Desta forma, a liberdade do indivíduo deve ser limitada em grande parte, sendo que este não pode fazer de si um incômodo para outra parte. Da mesma esteira, Rawls afirma que, independente da forma que se utilizar para ajustar as liberdades, se faz necessário um sistema coerente, que deve ser garantido igualmente a todos os cidadãos.

Rawls também diferencia as liberdades essenciais e não essenciais, aduzindo que aquelas devem sempre prevalecer, enquanto que, na hipótese de eventual conflito de liberdades não essenciais, cabe ao ofendido o ônus da prova dos motivos que sua liberdade deve prevalecer. De mesmo modo, descreve que o uso público da razão (na forma Kantiana de se entender) deve ser regulado, mas a prioridade a liberdade requer que isso seja realizado sem que se viole o núcleo da aplicação da liberdade fundamental.

Outra questão interessante refere-se ao fato de que a prioridade das liberdades não é exigida em todas as condições, mas naquelas que Rawls entende por “condição razoavelmente favorável”, descrita como aquela que permita o estabelecimento efetivo e pleno destas liberdades a partir da vontade política de seu povo. Portanto, o papel das liberdades políticas talvez seja um instrumento para a preservação das outras liberdades, ao passo que não é suficiente para retirá-las ou não protegê-las como prioridade da liberdade, uma vez que devem ser importantes o suficiente enquanto meios institucionais das liberdades essenciais.

O liberalismo, há séculos, é medido pelo desenvolvimento em favor da tolerância religiosa enquanto doutrina filosófica. O autor aceita que a existência de formas distintas de vista são condições normais em uma sociedade democrática moderna, vez que o liberalismo aceita

a pluralidade de concepções do bem como um fato da vida moderna, respeitados os limites especificados nos princípios de justiça escolhidos pelo povo na condição da posição original.

Rawls (2000, p. 393) traz uma visão otimista de que as constituições tratarão de restringir os governadores para que exerçam suas funções com um senso de justiça e do bem, de modo que tais estímulos dificilmente venham a ser úteis para os cidadãos. No entanto, o conceito da pessoa como cidadã capaz de ser membro normal cooperante da sociedade, e de respeitar os termos equitativos da cooperação pode ser vista sob outra ótica. Nesse diapasão, o filósofo afirma que a maneira mais adequada de proteger as liberdades básicas de consciência e de associação seria mediante restrições constitucionais explícitas.

Complementa afirmando que o liberalismo busca mostrar que a pluralidade de concepções do bem não é somente comum, mas desejável quando o regime liberal possui capacidade de acomodar tal variedade, alcançando maiores benefícios à sociedade humana. E é esse contexto que, se aplicadas as liberdades fundamentais como prioridades, podem ser consideradas elementos dos termos de cooperação social.

A obra *A Teoria da Justiça* aponta cinco tipos de bens primários e o motivo pelo qual são escolhidos como tal, destacando-se: as liberdades fundamentais (de pensamento, consciência e congêneres), conhecidas como condições essenciais e necessárias para o desenvolvimento pleno das demais capacidades morais e responsáveis para a proteção das concepções do bem; e as liberdades de movimento e de livres escolhas de ocupação, tendo como pressuposto um contexto variado de oportunidades, que permitem a realização de diversos fins.

Além das liberdades, o autor aponta como bens primários os poderes e prerrogativas de posições e cargos de responsabilidades, que abrem espaço para outras capacidades sociais; de renda e riqueza, como meios polivalentes, que podem realizar grande variedade de fins; e as bases

sociais de autor respeito, para que os cidadãos tenham consciência de seu próprio valor, e que tenham capacidade de desenvolver suas capacidades morais e exercer seus objetivos com autoconfiança.

Dito isto, observa-se que as capacidades que não estão relacionadas com as liberdades só podem ser usadas quando da sua garantia, o que torna cristalina a ideia que possuem prioridade às demais capacidades. A razão para esta prioridade parte-se da explanação do papel básico das liberdades, ou do seu papel procedimental, que possui caráter fundamental na regulação da estrutura básica (a exemplo da liberdade política), em que a terceira razão é que certas liberdades são condições institucionais indispensáveis uma vez que as demais tenham sido indispensáveis.

Rawls concentra-se, a partir de então, na liberdade como consciência, e investiga os motivos para considerar essa liberdade como fundamental, possuindo, conseqüentemente, prioridade. Parte-se do pressuposto, ainda, que o ser humano tem liberdade de consciência e dela derivam a liberdade de estar errado, entre as condições sociais necessárias para que se desenvolvam suas capacidades. Ainda, a liberdade de associação se apresenta nítida, vez que negar a possibilidade de conectar-se com o outro é negar a própria liberdade de consciência.

A capacidade de ter uma concepção de bem é definida como capacidade de formar, revisar e procurar realizar de forma racional uma determinada concepção do bem. Nesse contexto, para que a concepção do bem se torne possível, deve ser permitido a possibilidade de se enganar e cometer erros, dentro dos limites das próprias liberdades fundamentais, que são aquelas que protegem a liberdade de consciência.

Rawls ainda faz considerações relativas às capacidades de ter um senso de justiça, ressaltando o fato de que as partes não podem invocar razões fundamentadas sobre o desenvolvimento e exercício dessa capacidade como parte da concepção do bem de uma pessoa. Afirma que

são três os argumentos que inspiram as partes adotarem os princípios que garantem liberdades fundamentais como direitos prioritários. O primeiro se baseia no fato de que a concepção do bem de uma pessoa é um sistema estável de cooperação, além de que a mais estável das concepções de justiça especificada pelos princípios de justiça.

O auto respeito, também confirmado por outras características de princípios que não só as liberdades fundamentais, significa dizer que nenhuma característica fica sozinha, mas as liberdades fundamentais devem desempenhar um papel importante ao auto respeito, o que faz com que as partes tenham bons motivos para adoção dos princípios de justiça.

Diante do exposto, ao defender publicamente as liberdades fundamentais, os cidadãos de uma sociedade bem ordenada expressam seu respeito mútuo uns pelos outros enquanto indivíduos dignos de confiança, bem como seu reconhecimento comum como cidadãos possuidores dos princípios de justiça que atribuem a própria forma de vida.

A prioridade das liberdades é, portanto, inalienável, não excluindo a possibilidade de uma sociedade bem-ordenada, alguns dos cidadãos poderiam querer limitar ou alienar suas liberdades, ilustrando, assim, que as liberdades básicas são especificadas e ajustadas umas as outras na aplicação dos princípios de justiça.

A justiça como equidade, garantida aos cidadãos comuns e iguais, conecta determinada forma de entender a liberdade e a igualdade com uma concepção específica e convicções implícitas na cultura de uma sociedade democrática, sendo o principal argumento em favor da prioridade da liberdade que se pretende basear em interesses e demonstrar sua prioridade refletida a uma preferência pela liberdade em detrimento de outros bens que uma pessoa auto interessada e racional teria, de modo que, a unidade da cooperação social reside em uma concepção pública de justiça que assegura as liberdades fundamentais.

Ressalta-se que toda essa explicação acerca da prioridade das liberdades se deu a partir das críticas de Hart aos princípios de justiça apresentados por Rawls na obra *A Teoria da Justiça*. Destarte, a despeito dessa pluralidade de concepções, o auto respeito e o respeito ao próximo faz com que a escolha pela prioridade das liberdades fundamentais torne possível a execução dos demais princípios de justiça.

4 DIREITOS SOCIAIS: BREVE CONCEITUAÇÃO E JUSTIFICATIVA

O Estado Democrático de Direito assume muitas conquistas do Estado Social, a exemplo da garantia e realização dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana assume, portanto, o epicentro do ordenamento jurídico, considerado como um valor supremo (SCHWARZ, 2016, p. 39). De antemão, salienta-se que é errôneo compreender que os direitos sociais são tardios tão somente por aparecerem posteriormente em um plano didático de gerações, mas se apresentam com fundamentos comuns aos direitos civis e políticos, o que incide nas concepções a respeito de possibilidade de suas tutelas, e consequência de suas garantias.

Em termos mais claros, os direitos sociais podem ser compreendidos, por exemplo, como o direito ao trabalho em condições satisfatórias; o direito ao ócio; à educação; à saúde de qualidade; habitação; a seguridade, dentre tantos outros que devem ser garantidos pelo Estado, a fim de efetivar uma vida digna a seus cidadãos. Vislumbra-se, portanto, um elo entre os direitos sociais e a satisfação das necessidades básicas dos indivíduos, como forma de translucidar a igualdade civil, política e social (SCHWARZ, 2015, p. 4).

Outro destaque que importa trazer à baila refere-se à suposta facilidade de efetivação dos direitos civis e políticos contrapostos com

a onerosidade dos direitos sociais. Isto porque há uma insustentável afirmação de que os direitos civis e políticos são negativos, diretamente exigíveis e de fácil proteção, ao passo que os direitos sociais seriam valor, caros e condicionados para sua proteção (SCHWARZ, 2015, p. 40).

No entanto, essa falsa impressão de que direitos sociais só podem ser efetivados a partir de critérios de razoabilidade e disponibilidade de recursos financeiros, sendo dependente da reserva do possível e considerada com “gasto” em um cenário de disputa por recursos desaba a partir da compreensão de que nem os direitos civis e políticos podem ser caracterizados somente como direitos negativos, nem os direitos sociais podem ser vislumbrados tão somente como prestações positivas do Estado.¹²

No entanto, tal alegação não se sustenta, vez que nem os direitos civis e políticos podem ser caracterizados somente como direitos negativos, nem os direitos sociais podem ser caracterizados somente como direitos positivos. Os primeiros são, também, direitos de prestação. Assim, não apenas os direitos sociais implicam custos para o Estado; os direitos civis e políticos, tanto quanto exigem uma abstenção do Estado e/ou dos particulares, ou seja, a não intervenção na esfera de autonomia e liberdade dos indivíduos, dependem de uma onerosa estrutura estatal para se tornar realidade.¹³

Pode-se afirmar, em síntese, que todos os direitos, de uma forma ou de outra, determinam obrigações exigíveis, negativas, de abstenção ou respeito, e positivas, de intervenção ou satisfação, dos poderes públicos e, ademais, obrigações concernentes a sua proteção diante das vulnerabilidades provenientes de ações ou omissões de particulares.¹⁴

¹² Sobre diferentes variações desta formulação, v. Abramovich e Courtis (2002, p. 21 e ss.).

¹³ A ideia de que todos os direitos têm um custo constitui o argumento central de Holmes e Sustain (2000).

¹⁴ Shue (1980, p. 52-53) distingue a ampla gama de obrigações consequências de todos os direitos civis, políticos e sociais para os poderes públicos, concentrando as obrigações, sobretudo em três:

Na mesma toada, Shue (1980, p. 52-53) aponta uma divergência entre as obrigações dos poderes públicos decorrentes de todos os direitos – civis, políticos e sociais – concentrando as obrigações, sobretudo, em três: de evitar privações, de proteger e de ajudar: *to avoid, to protect, to aid*.

Por outro lado, uma das principais obrigações que os direitos sociais geram para os poderes públicos implica em um dever negativo, fundamentado no princípio da não-regressividade, que, segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, obriga-os a não adotar políticas e, em consequência, sancionar normas que venham a minorar, sem razão justificada, a situação dos direitos sociais no país.

Isto não retira do Estado a possibilidade de promover certas reformas no âmbito de suas políticas sociais, *prima facie* regressivas, por exemplo, para (re)atribuir os recursos necessários à inclusão social de determinados grupos em situação de maior vulnerabilidade, mas tem que demonstrar sempre aos cidadãos que as alterações que pretende promover revertem, ao final, em uma melhor proteção aos direitos sociais (COURTIS, 2006, p. 79).

Tal vedação espelha a obrigação de progressividade. Isto porque, o mesmo princípio que autoriza a adoção de programas graduais de desenvolvimentos, respeitando a reserva do possível, os desautoriza a postergar indefinidamente a satisfação dos direitos em pauta (SARLETT apud COURTIS, 2006, p. 329 e ss.).

Destarte, nada impede o desenvolvimento de critérios que delimitem o significado de determinados direitos sociais. Assim, as garantias sociais, diretas ou indiretas, são formas de expressão ativa da cidadania e da dignidade da pessoa humana, devendo ser posta a apreciação estatal e resguardando os direitos, a fim de abrir novos canais

evitar privações, proteger e ajudar: *to avoid, to protect, to aid*.

de expressão frente à burocratização e falta de recursos que retardam a prestação dos serviços pelos poderes públicos (DÍAZ, 2005, p. 51-72).

Por outro lado, os direitos sociais também são habitualmente caracterizados como direitos “vagos” ou indeterminados, vez que, classicamente, comportariam algumas obrigações de resultado, deixando indeterminados, contudo, os instrumentos concretos de ação para alcançá-las.

Termos associados a direitos civis clássicos, como a honra, propriedade e liberdade de expressão, não são menos obscuros que os comumente encontrados no âmbito de direitos sociais. Todos os direitos estão recheados de um “núcleo de certeza” (HART, 2012), e contemplam, inclusive, em qualquer tempo, a possibilidade de desenvolvimento interpretativo e de “áreas cinzentas”. (ALEXY, 1994; MELLO, 2009).

Um dos grandes avanços do constitucionalismo social é representado pelo efeito vinculante dos direitos humanos, tornando-se um critério para a legitimidade de um ordenamento jurídico. A questão de direitos humanos ainda se coloca à “maratona existencial”, incumbindo a cada detentor deste direito o equilíbrio entre a resistência e a afirmação (SCHWARZ, 2016, p. 41).

Häberle (2016 apud SCHWARZ, 2016, p. 2) aduz que a materialidade deste princípio encontra respaldo no que se entende por “mínimo existencial”, que corresponde um conjunto de situações materiais indispensáveis para a existência de uma vida digna. Portanto, resta evidente que o mínimo existencial e o núcleo da dignidade humana correspondem ao mesmo fenômeno (BARCELLOS, 2002).

As expectativas básicas para efetivação da dignidade humana são umbilicalmente ligadas aos direitos sociais, sendo expressos de forma econômica, social ou cultural, e sua concretização não pode ser considerada separadamente da consolidação da democracia e de direitos civis e políticos,

porquanto a remoção dos obstáculos que impedem estes direitos é essencial para efetivar os direitos sociais (DIMENSTEIN, 2006, p. 22).

Isso decorre da premissa de que os direitos sociais são consequências de outros direitos, também elencados como fundamentais, pautados na liberdade e autonomia. Neste diapasão, ao pensar que uma vida só é assim considerada se vivida com dignidade, é imprescindível pensar em um aspecto material e, portanto, um estatuto privilegiado para os direitos sociais (SCHWARZ, 2015, p. 3).

Salienta-se, ainda, que não possível realizar tais direitos sem que se liberte o homem do medo e da miséria quando não fazem parte das condições que os permitam gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais além dos direitos civis e políticos. Nesse liame, a liberdade, em que pese direito civil, é utilizada de forma a concretizar os direitos sociais garantidos pelo ordenamento jurídico, porquanto entregam ao cidadão à faculdade de apontar quais são suas necessidades (positivas ou negativas) a fim de que possam ser cumpridas pelo Estado.

5 LIBERDADE COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS

A liberdade é vislumbrada como direito natural da pessoa humana, partindo-se da premissa que fundamenta a renúncia de demais direitos para realização do pacto de submissão, em que o Estado, absoluto e centralizador, têm o condão de garantir a segurança e a vida, além do fato que o ser humano pode tomar qualquer atitude em defesa de sua vida. Thomas Hobbes (2008, p. 98) dissertava que: “[...]o homem deve concordar com renúncia a seus direitos sobre todas as coisas, contentando-se com a mesma liberdade que permite aos demais, na medida em que se considerar tal decisão necessária à manutenção da paz e de sua própria defesa.”

Lock (2006, p. 89) afirma que as leis naturais obrigam o homem de forma absoluta, independente de qualquer tratado. Isso inclui, aliás, a liberdade do homem, que é intrínseca ao seu direito de “ser humano” independente das vontades dos poderes dos governantes locais. Inobstante tal confiança, a liberdade é tão necessária quando se convive com o poder absoluto que deve ser usada tão somente com o propósito de proteção à própria vida, passada de geração a geração, sendo a escolha de que sociedade pertencer intrínseca à cada homem.

Kant (1980, p. 232) valora a liberdade como espontaneidade: “[...] a faculdade de iniciar espontaneamente um estado, cuja causalidade não esteja, por sua vez, subordinada, segundo a lei natural, a outra causa que a determine quanto ao tempo.” Destarte, a busca pela auto realização faz com que o ser humano seja o protagonista de suas escolhas e das consequências de suas pretensões podem, por vezes, colidir com as liberdades entre si, cabendo ao Estado garantir a paz de seus cidadãos.

Portanto, entende-se que mesmo antes da constituição de um Estado que declara e garante direitos, à liberdade já era reconhecida como tal, sendo que a forma utilizada para demonstrar sua imprescindibilidade, torná-lo direito fundamental. A utilização da liberdade para renunciar demais direitos a fim de garantir a vida e a própria liberdade também é traduzida por Rosseau, que afirma: “E os próprios sábios viram que era preciso se resolverem a sacrificar uma parte de sua liberdade para a conservação da outra, como um ferido deixa que lhe cortem um braço para salvar o resto do corpo”, utilizando-se de seu discurso sobre a desigualdade do homem para concordar com a tese de Hobbes.

Em contrapartida, o filósofo Montesquieu possui uma lente legalista de interpretação, acreditando que liberdade é fazer aquilo que a Constituição autoriza, em suas palavras: “A liberdade é o direito de fazer tudo quanto às leis permitem; e, se um cidadão pudesse fazer o que

elas proibem, não mais teria liberdade, porque os outros teriam idêntico poder.” (CHEVALIER, 1998, p. 139).

A liberdade é alvo de inúmeros estudos pelos filósofos, vez que atinge um direito e uma vontade intrínsecos do ser humano. O exemplo disso, Amartya Sen, demonstra que o crescimento econômico não pode ser considerado um fim em si mesmo, mas sim relacionar-se com uma melhoria de vida dos indivíduos e com o fortalecimento das liberdades. Pode-se entender, portanto, que o autor traduz na liberdade uma forma de promoção dos direitos sociais.

Isso vislumbrado a partir da maneira com que as liberdades chamadas de instrumentais se consolidam como forma de democracia, até porque, em que pese esteja relacionada, em um primeiro momento, com as liberdades políticas, possui importância cristalina no aumento das capacidades de cada ser humano, permitindo ouvir as reivindicações da população, proporcionando a verificação das necessidades do povo para atuação pontual do Estado.

Hobbes (2009, p. 97) apresenta a liberdade como a ausência de obstáculos que servem para abster os seres humanos de fazer o que bem quiserem, mas não impede de usar o restante de poder de acordo com sua razão e julgamento. No entanto, Mill, em uma visão futurista e democrática da sociedade, acredita que quando o povo sentir o poder do governo com o seu poder e as opiniões do governo como suas opiniões “a liberdade individual provavelmente estará tão exposta a invasão do governo, quanto já esta da opinião pública.” (MILL, 1806, p. 26)

No mesmo liame, Marshall (1992) apresenta uma relação de dependência entre a cidadania e a soma de direitos civis, políticos e sociais do cidadão: os direitos civis se referem aos direitos “necessários à liberdade individual”, enquanto os políticos dizem respeito aos direitos “de participação no exercício do poder público”, e os direitos sociais traduzem “todo um conjunto de direitos, desde o direito a um mínimo

de bem-estar e segurança econômica até ao direito a partilhar em pleno na herança social e a viver a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões prevalecentes na sociedade.”

De acordo com Kliksberg (1997), o acesso efetivamente à cidadania é o primeiro dos direitos fundamentais, até porque sem ele não é possível acessar qualquer outro. Para o autor, o acesso à cidadania compreende o gozo dos direitos sociais na sua expressão de “mínimo existencial”. O que se pretende, portanto, é muito mais do que a garantia de cidadania como forma de expressão igualitária, mas a inserção dos indivíduos em uma sociedade complexa e competitiva, que possui tendência a excluir e negligenciar o desenvolvimento humano.

Ainda na abertura da obra da Liberdade como desenvolvimento, o autor introduz que o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que desfrutam as pessoas. A liberdade, quando invocada, relaciona-se muito mais com questões financeiras do Estado – como o avanço tecnológico e a modernização social – do que com os direitos civis e políticos estritamente ditos, dando maior atenção ao desenvolvimento da sociedade, o que, para tanto, é preciso o desenvolvimento dos meios que cumprem parte do processo (SEN, 2010, p. 3).

Salienta que a liberdade, como é tratada pelo autor, é influenciada pelos próprios atos livres dos agentes, como via de mão dupla “mediante a liberdade de participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades.” (SEN, 2010, p. 18).

Essa noção de liberdade como forma de embasar a própria dignidade humana possui um problema peculiar, vez que pode conter diversos valores e significados, podendo-se distinguir tanto uma dimensão negativa quanto positiva: a primeira se reflete em uma forma imunidade, que se caracteriza pela ausência de interferências arbitrárias do Estado ou de atores privados, enquanto a liberdade positiva corresponde à

possibilidade de definição de planos de vida e participar de discussão e deliberações de assuntos políticos (SCHWARZ, 2015, p. 32).

O homem busca na liberdade um estado de euforia e bem-estar, o que justifica algumas teses de que a sua postulação não é medida de necessidade, mas de simples declaração. No ensaio sobre a liberdade de Mill (1086, p. 17), é possível extrair a luta entre a autoridade como característica predominante nas épocas da história, vez que a liberdade era entendida, precipuamente, como forma de limitar poderes dos governantes absolutistas e proteção do povo. Em uma visão mais retrógrada, portanto, a liberdade é imposição de medidas negativas ao Estado, entendimento este que foi evoluindo no decorrer dos anos.

Contudo para o Estado poder tornar este anseio de liberdade em efetivo direito no cidadão, ele foi exposto no texto constitucional e esmiuçado pelos seus doutrinadores. A liberdade é inerente a natureza humana, e, de acordo com Ruiz (2006, p. 143): o Estado a reconhece, a regula e restringe seu uso pelo homem.

Importante colocação de Rawls em *A Teoria da Justiça*, de 1971, a desigualdade é pressuposto de existência da sociedade. E isso justifica sua preocupação com a escolha dos princípios de justiça a partir da posição original e a escolha do princípio da liberdade como principal: a liberdade permite que cada cidadão faça sua escolha de vida, sendo oportunizado o estudo, a profissão e a condição social que escolher. No entanto, o princípio da igualdade surge para garantir a vida e a dignidade do cidadão.

Isso significa afirmar que o cidadão pode escolher o ócio, bem como escolher o comodismo frente à uma classe social de maior conforto, mas a sociedade como entidade não pode permitir que esse cidadão seja ceifado de sua vida ou de condições mínimas – como alimentação e vestuário, por exemplo – propiciando, assim, que viva com o mínimo de dignidade.

De antemão, o autor aponta quais são os dois princípios de justiça que fundamentarão o estudo: o primeiro refere-se que cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais; enquanto o segundo se destina a prever que as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo consideradas como vantajosas para todos e vinculadas a posições e cargos acessíveis para todos. A formulação de tais princípios pressupõe que a estrutura social seja considerada como tendo duas partes distintas, sendo cada princípio utilizado para uma realidade.

Denota-se, contudo, que as garantias dos direitos sociais, legislativas e administrativas não têm se demonstrado suficientes perante os robustos mecanismos de tutelas de direitos patrimoniais, aliado ao fato de que as instâncias patrimoniais têm contribuído de forma ínfima para afastar esta tendência (MARTÍN, 2006, p. 11).

Segundo Sen (2010, p. 38-40), a liberdade possui um caráter duplo como centro do desenvolvimento: primeiro pela razão avaliativa, que se preocupa com a estimativa do progresso e se será suficiente para acompanhar a ampliação das liberdades que as pessoas têm; e de razão efetiva, relacionada com a realização propriamente dita do desenvolvimento, dependente da ação livre das pessoas (SEN, 2010, p. 112-113). Essas ações podem ser caracterizadas por determinados tipos de liberdade, incluindo desde as liberdades políticas ou econômicas quanto às garantias de transparência e segurança pessoal.

Cabe salientar que a burocracia indesejável e cada vez mais presente no cotidiano daqueles que suplicam pelas ações do Estado, tornam os direitos a elas relacionados proporcionalmente onerosos e verdadeiras armadilhas que tendem a cercear a eficácia econômica, bem como as liberdades pessoais e de mercado, impondo uma lei de comércio cada vez mais global, estendendo, inclusive, os direitos sociais em várias constituições e tratados internacionais, alcançando o princípio

democrático da atuação social que impõe o Estado Democrático de Direito (SCHWARZ, 2015, p. 12).

Ter direito de administrar os assuntos pertinentes a sociedade como forma de obrigação e de controle é um princípio que traduz a permissão que a humanidade tem de interferir na liberdade alheia com o único propósito de autoproteção e garantia de democracia, vez que a participação popular sobre as decisões do governo é a participação das decisões que afetarão suas próprias vidas.

Neste diapasão, a atuação social com a finalidade de suprimir situações de mal-estar ou opressão e danos, em que pese apresente valores relevantes, são plenamente justificáveis, vez que garantem o pressuposto da condição para o livre desenvolvimento da própria personalidade e, conseqüentemente, para a participação de assuntos públicos. Compreende-se, portanto, que a garantia da dignidade do homem depende não apenas da preservação da integridade física e psíquica da pessoa humana, mas da manutenção das possibilidades de exercício de liberdades pessoais, que fomenta a qualidade democrática de determinada sociedade (SCHWARZ, 2015, p. 30).

Em contraponto, a limitação de uma liberdade específica, a exemplo da econômica em nível da pobreza extrema, contribui para a proteção de outras espécies de liberdades, como a social ou política, tornando o processo como uma conexão de influências em que, para o exercício pleno de alguma das liberdades mais importante, por vezes, é preciso cessar outras.

Nesse liame, compreende-se que a garantia da liberdade, mais do que um direito civil de abstenção estatal, é fundamental para que sejam concretizados os direitos sociais, vez que não se faz lógico garantir trabalho digno, previdência social e habitação sem que o cidadão tenha suas liberdades claras e robustas, proporcionando, também, que possam apontar ao administrador suas necessidades, para que as políticas públicas

e demais formas de garantias à direitos sociais a serem implantados correspondam aquilo que a população espera.

Há um problema na conceituação de Sen acerca da liberdade, uma vez que, o que o autor entende por “liberdades substantivas” remete a problemas sociais e políticos mais sérios, ao passo que sugere em diversos momentos que a liberdade possui semelhança com as capacidades. É o que se denota quando afirma que o desenvolvimento se concentra em uma liberdade muito elementar: a de sobreviver.

E isso corrobora na medida em que se compreendem quaisquer direitos sociais garantidos e entregues pelo Estado seriam em vão caso a liberdade não fosse igualmente (se não em hierarquia superior) afirmada. Portanto, a garantia de liberdade aos cidadãos também lhes garante que a prestação estatal (positiva ou negativa) concretize seus direitos sociais, tanto no que tange à oportunidade de apontar suas reivindicações, quanto para possibilitá-los a usufruir dos direitos sociais que lhes estão sendo concretizados.

6 CONCLUSÃO

A partir da análise das concepções filosóficas de Rawls e Amartya Sen sobre os fundamentos da liberdade, por meio de uma pesquisa bibliográfica cujo método utilizado foi o dedutivo, denota-se uma diversidade no sentido de compreender este direito fundamental, principalmente no que tange às visões econômicas de cada época.

As liberdades básicas que Rawls trata como direitos subjetivos são emolduradas sem uma identificação de perfis econômicos, culturais e políticos, sendo compreendidas como gozo de direitos individuais (de ir, vir, manifestar pensamento, crença religiosa, hábitos e costumes). O autor ainda trata, na Teoria da Justiça, que o se entende por mínimo

existencial se espelha na satisfação das necessidades básicas do ser humano, relacionando as competências do Estado de Direito.

Na obra *O Liberalismo Político*, no entanto, a liberdade é tratada para todos de forma substancial, vez que Rawls reconhece as desigualdades como pressupostos de sua teoria, onde as diferenças sociais e econômicas satisfazem suas próprias condições. As liberdades fundamentais passam a ser elencadas em um rol exaustivo, quais sejam: a liberdade de pensamento e de consciência; as liberdades políticas e de associação; e os direitos e liberdades abarcados pelo império da lei; o que não significa que as liberdades secundárias não mereçam proteção jurídica.

Aponta, ainda, que há duas formas de elaborar um rol de liberdades: uma é voltada a pesquisa histórica e outra é considerando que são condições sociais essenciais. Independente delas confere-se à liberdade uma prioridade inalienável, não excluindo a possibilidade de uma sociedade bem-ordenada, e justificando que as liberdades básicas são especificadas e ajustadas umas as outras na aplicação dos princípios de justiça na medida em que alguns cidadãos podem querer limitar ou alienar suas liberdades.

Após, colhe-se as ideias de Hobbes, Locke, Kant, Mill e demais filósofos que contribuíram para o estudo das liberdades no decorrer dos tempos, sendo sua declaração (vez que é direito natural e, portanto, existente independente de ordenamento jurídico ou sua positivação) como consequência de árduas lutas.

Amartya Sen corrobora com os estudiosos cujo conhecimento se buscou para realização deste artigo, aduzindo que o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que desfrutam as pessoas ainda na introdução de sua obra *Liberdade como Desenvolvimento*, afirmando que tal direito embasa a própria dignidade humana, mesmo que possa possuir diversos valores e significados.

Portanto, compreende-se que as liberdades conquistadas não se devem apenas às guerras, mas também a compreensão de que em uma sociedade há problemas sociais e políticos sérios, sendo imprescindível a percepção das capacidades dos cidadãos em sustentar seu mínimo existencial como pressuposto da garantia de suas próprias liberdades.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Berlin: Suhrkamp, 1994.

ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Colombia: Legis, 2008, p. 241.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a constituição dirigente? *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: IHJ, n. 6, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma reflexão difícil. *Lua Nova*, São Paulo: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, n. 61, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

CHEVALIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Tradução Lydia Cristina. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

COURTIS, Christian. (Org.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: CELS, 2006.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO.

Direitos Humanos. França, 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

DÍAZ, Amaya Olivas. Castillar la disidencia: el movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico. *Jueces para la democracia*, Madrid, n. 54, 2005.

DIMENSTEIN, Gilberto. *Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Schwarcz, 2006.

DRYZEK, J. *Deliberative democracy and beyond: liberals, critics and contestations*. Oxford: Oxford University, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HART, H. *The concept of law*. 3. ed. Oxford: Oxford University, 2012.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2009. (Coleção A obra-prima de cada autor).

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Abril Cultural, 1980

KLIKSBERG, Bernardo. *O desafio da exclusão: para uma gestão social eficiente*. São Paulo: FUNDAP, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. Possibilidades argumentativas à adequação da soberania popular constitucional à democracia constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: IHJ, n. 6, 2008.

LOCK, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. 4. ed. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2006

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Citizenship and social class, and other essays*. Cambridge: Cambridge University, 1992.

MARTÍN, Carlos de Cabo. *Teoría constitucional de la solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo: Escala, 1806

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University, 1971; *Political Liberalism*. New York: Mendell, 1991.

RAWLS, John. La idea de un consenso entrecruzado. *Agora*, Buenos Aires: Centro de Estudios Políticos, v. 2, 1995.

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

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *O discurso sobre a desigualdade do homem*. Brasília, DF: Ed. UnB, 1989.

RUIZ, Thiago. O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 1, n. 2, 2006.

SCHWARZ, Rodrigo García. *A dignidade humana e os direitos fundamentais sociais como referentes do Estado Democrático de direito*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2016.

SCHWARZ, Rodrigo García. *As garantias dos direitos fundamentais sociais: uma perspectiva garantista e democrática*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2015.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SHUE, Henry. *Basic rights: subsistence, affluence and U.S. foreign policy*. New Jersey: Princeton University, 1980.

AS AÇÕES AFIRMATIVAS NA PERSPECTIVA RAWLSIANA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Douglas Cristian Fontana¹

I INTRODUÇÃO

A concretização dos direitos fundamentais na sociedade exige uma postura ativa do Estado para a realização e promoção desses direitos. Dentre os mecanismos de concretização de direitos fundamentais, inserem-se as ações afirmativas como instrumentos de combate à discriminação e realização do princípio da igualdade na sua dimensão substancial.

Na implementação de ações afirmativas sempre surgem questionamentos sobre sua legalidade, constitucionalidade e mesmo sua necessidade. Há também debate sobre a discriminação reversa e o desprestígio à meritocracia, bem como, por outro lado, sobre a necessidade de equalização de oportunidades para grupos desiguais, cuja desigualdade tem origem em discriminação de gênero, raça, origem, condição social, entre outros.

Reconhecendo a necessidade de concretização dos direitos fundamentais, bem como ciente das polêmicas que envolvem as ações afirmativas, o objetivo deste estudo é contribuir para a compreensão da

¹ Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Juiz do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

justificação teórica das ações afirmativas na perspectiva da justiça como equidade de John Rawls.

Para o alcance deste objetivo, por meio de uma pesquisa bibliográfica, apresentam-se, na primeira parte, os principais aspectos da teoria de justiça como equidade de John Rawls. Num segundo momento, realiza-se a análise das ações afirmativas, averiguando-se a possibilidade de justificá-las teoricamente na teoria da justiça como equidade.

O estudo da justificação teórica das ações afirmativas pode contribuir para a melhor compreensão e uso deste instituto na concretização dos direitos fundamentais, podendo significar eliminação de polêmicas que surgem da implantação das diversas possibilidades de ações afirmativas, bem como significar uma melhor utilização deste mecanismo, pelo Estado, na busca por uma igualdade substancial entre os diversos grupos sociais, beneficiando os menos favorecidos.

O assunto se insere dentro da Linha de Pesquisa: Direitos Fundamentais Cíveis e na Área de Concentração: Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais, uma vez que busca investigar a possibilidade de justificar teoricamente as ações afirmativas – como instrumento de concretização de direitos fundamentais – com base na perspectiva rawlsiana da justiça como equidade.

2 A JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS

John Rawls é um dos mais importantes teóricos da filosofia política. Suas principais obras são: Uma Teoria da Justiça, escrito em 1971, Liberalismo Político, do ano de 1993 e O Direito dos Povos, de 1999. A teoria de justiça de Rawls, fundada na justiça como equidade, é uma das obras mais importantes da filosofia política, alvo de inúmeros debates.

Nesta primeira parte do estudo, apresenta-se os principais pontos da teoria da justiça de Rawls tomando por base as explicações trazidas pelo próprio autor no livro “Justiça como equidade: uma reformulação”, no qual ele reapresenta sua teoria esclarecendo alguns pontos específicos da obra que foram objeto de debate ou crítica por outros teóricos da filosofia política.

Para a compreensão da teoria da justiça como equidade, será necessário apresentar inicialmente as ideias básicas. Logo, é preciso partir da proposta de Rawls para sua teoria da justiça, destacando elementos como “sistema equitativo de cooperação social”, “sociedade bem ordenada”, “estrutura básica da sociedade”, “posição original” e “cidadãos livres e iguais”. Logo depois de apresentar estas bases, será possível passar ao estudo alguns pontos mais específicos e detalhados que complementam a proposta de justiça como equidade de Rawls. Inicia-se aqui, portanto, a exposição das ideias centrais da justiça como equidade.

2.1 IDEIAS CENTRAIS DA TEORIA DE JUSTIÇA

Segundo Rawls (2003) duas ideias se contrastam na história do pensamento democrático: de um lado a ideia de sociedade como sistema equitativo de cooperação social entre cidadãos livres e iguais – que está baseada na tradição do contrato social – e, de outro, a ideia de sociedade como sistema social organizado com intuito de produzir o máximo – baseada na tradição utilitarista. O sistema equitativo naturalmente inclui as ideias de igualdade (direitos, liberdades e oportunidades) e de reciprocidade (princípio da diferença). Já o sistema utilitarista, considerando seu intuito de produzir o bem máximo, traz um princípio de justiça política maximizador e agregativo.

A proposta de Rawls na justiça como equidade tem por objetivo elaborar uma alternativa para as concepções de justiça encontradas no

utilitarismo, perfeccionismo e intuicionismo. Além disso, pretende “encontrar uma base moral mais apropriada para as instituições de uma sociedade democrática moderna.” (RAWLS, 2003, p. 136).

Sua meta é fornecer uma base filosófica e moral para instituições democráticas e de como entender as questões de igualdade e liberdade (RAWLS, 2003).

Neste sentido, a ideia central da justiça como equidade é a de sociedade como um sistema equitativo de cooperação social que se perpetua entre gerações. Com base nisso Rawls desenvolve sua concepção de justiça para um regime democrático (RAWLS, 2003).

Com a mencionada ideia central estão conjugadas duas outras fundamentais: cidadãos que cooperam como livres e iguais; sociedade bem-ordenada (RAWLS, 2003).

Para uma melhor compreensão do pensamento de Rawls na justiça como equidade, será necessário detalhar, ainda que de forma resumida, os principais elementos que compõe essa teoria de justiça por ele proposta.

A cooperação social guia-se, essencialmente: por regras e procedimentos publicamente reconhecidos, os quais a pessoas que cooperam aceitam como válidos; os termos de cooperação social são equitativos, ou seja, contém a ideia de reciprocidade e mutualidade (termos que cada participante pode razoavelmente aceitar desde que todos os demais aceitem); por fim a ideia de vantagem, que especifica o que os que cooperam procuram do ponto de vista do seu próprio bem (RAWLS, 2003).

Dentro dos aspectos da cooperação social, Rawls trabalha com a razoabilidade e racionalidade das pessoas que cooperam. Segundo ele “pessoas razoáveis são aquelas dispostas a propor, ou a reconhecer quando os outros os propõem, os princípios necessários para especificar o que pode ser considerado por todos como termos equitativos de cooperação”

(RAWLS, 2003, p. 9). Segundo ele, é razoável que as pessoas honrem os princípios, mesmo contra seus próprios interesses pessoais, desde que todos assim também o façam. Seria insensato não agir assim, contudo não seria irracional, pois não se pode taxar de irracional quem age em benefício próprio em detrimento da cooperação social (RAWLS, 2003).

Nesta concepção política de justiça, Rawls (2003) apresenta princípios cuja função é definir os termos equitativos de cooperação social. Eles especificam direitos e deveres básicos que devem ser garantidos pelas principais instituições políticas e sociais, regulam a divisão dos benefícios e distribuem encargos.

Estes princípios serão estudados de forma mais detalhada no decorrer deste capítulo. Por ora, para uma melhor compreensão, deve ficar claro que os princípios são os definidores do modelo de cooperação social que a sociedade pode seguir.

Já em relação a sociedade, a visão de Rawls (2003) sobre sociedade bem-ordenada implica três aspectos: cada um aceita e sabe que os demais também aceitam a mesma concepção política de justiça; todos sabem, ou acreditam, que a estrutura básica (assim entendida como as principais instituições políticas e sociais e a maneira como interagem) respeitam os princípios de justiça; os cidadãos possuem um efetivo senso de justiça que lhes permite entender e aplicar os princípios, bem como agir conforme sua posição social, seus deveres e obrigações na sociedade.

No que se refere a estrutura básica, Rawls (2003) afirma que essa estrutura é a maneira como as principais instituições políticas e sociais interagem formando um sistema de cooperação social. Além disso, é a maneira como estas instituições distribuem direitos e deveres básicos, assim como a distribuição de vantagens oriundas da cooperação social ao longo do tempo. É no contexto social de fundo da estrutura básica que ocorrem as atividades das associações e dos indivíduos.

Uma estrutura básica justa garante a justiça de fundo, uma vez que essa estrutura é objeto primário da justiça política. É assim porque a estrutura produz efeitos sobre muitos aspectos da vida dos cidadãos, desde o início. Influencia suas metas, ambições, capacidades e oportunidades (RAWLS, 2003).

Outro aspecto que evidencia a estrutura básica como objeto primário da justiça como equidade é que esta última é uma concepção política, não geral, de justiça. Portanto, tal concepção de justiça se aplica a estrutura básica, por ser reguladora de vários aspectos essenciais da vida dos cidadãos, notadamente da cooperação social. Outras questões que não sejam de ordem essencial, mas de âmbito local ou mesmo global, precisam de considerações independentes (RAWLS, 2003).

Como integrantes da estrutura básica, Rawls (2003) menciona a Constituição política com um judiciário independente, as formas reconhecidas de propriedade, a estrutura da economia, bem como, de certa forma, a família. Especificamente sobre a família como integrante da estrutura básica, o autor evidencia que ela tem uma função central de educar os filhos, garantindo um desenvolvimento moral e educação para uma cultura mais ampla, inclusive no sentido de que tenham um senso de justiça e virtudes políticas que sustentem as instituições ao longo do tempo (RAWLS, 2003). Nesta ideia está também a perspectiva que os indivíduos devem ter de cooperação social e de verem uns aos outros como livres e iguais.

Partindo da premissa de sociedade como sistema equitativo de cooperação social entre pessoas livres e iguais, surge necessariamente a indagação de como são definidos esses termos equitativos de cooperação. Segundo Rawls (2003), estes termos surgem de um acordo celebrado pelos cidadãos em condições justas para todos. Para que esse acordo seja equitativo entre cidadãos livres e iguais, ele deve ser celebrado na “posição original sob o “véu da ignorância”.

A posição original implica que os cidadãos, na escolha dos princípios que devem reger os termos equitativos de cooperação social, estejam sob um “véu da ignorância”, ou seja, que desconheçam sua posição social ou quaisquer outras contingências que criam disparidades entre as pessoas ou possam interferir na escolha dos princípios de cooperação social. Isso se fundamenta na medida em que, se uma pessoa souber sua posição, por exemplo, de rico, pode ter uma tendência a escolher determinado princípio que privilegie ricos; da mesma forma, se a pessoa souber que sua posição social é de pobre, ela pode escolher princípios que a protejam e desfavoreça os ricos (RAWLS, 2000).

Sendo assim, na posição original as pessoas ignoram raça, sexo, grupo étnico ou qualquer outro dom natural que possa influenciar na escolha dos princípios. É a ideia de véu da ignorância. Este véu elimina as posições vantajosas de negociação (na posição original) para que se chegue ao acordo sobre os princípios de justiça política para a estrutura básica (RAWLS, 2003).

“Uma vez que o conteúdo do acordo diz respeito aos princípios de justiça para a estrutura básica, o acordo na posição original especifica os termos justos de cooperação social entre cidadãos assim considerados. Daí o nome: justiça como equidade.” (RAWLS, 2003, p. 23).

No que se refere à definição de cidadão, Rawls (2003) diz que cidadãos são aquelas pessoas envolvidas na cooperação social de forma plenamente capaz durante toda a vida. Estes cidadãos têm duas “faculdades morais”: capacidade de ter um senso de justiça, aplicando os princípios da justiça política; capacidade de ter, revisar e buscar uma concepção de bem.

Os cidadãos são vistos como iguais na medida em que possuem essas faculdades morais necessárias para se envolverem na cooperação social, participando da sociedade como iguais. Ter essas faculdades seria a base da igualdade entre os cidadãos (RAWLS, 2003). E “os cidadãos de uma

sociedade bem-ordenada afirmam a Constituição e seus valores políticos tal como se realizam nas instituições, e compartilham o objetivo de fazer justiça um ao outro, como o exigem os arranjos da sociedade.” (RAWLS, 2003, p. 28).

No que se refere a questão da liberdade, os cidadãos são vistos como livres em dois sentidos: na medida em que veem a si e aos demais como capazes de ter uma concepção de bem; bem como, consideram-se autorizados a fazer reivindicações perante suas instituições para realizar suas concepções de bem (RAWLS, 2003).

Na descrição da sociedade como sistema equitativo de cooperação social, a ideia de cidadãos livres e iguais corresponde àqueles cidadãos que desempenham plenamente a cooperação (RAWLS, 2003).

São essas as ideias mais básicas da justiça como equidade. Pode-se dizer, em síntese, que na teoria primeiro se apresenta a ideia organizadora central de sociedade como sistema equitativo de cooperação. Esta ideia de cooperação se realiza numa sociedade bem-ordenada e se aplica a sua estrutura básica. Os termos dessa cooperação social são determinados por meio de um acordo realizado sob o véu da ignorância, na posição original, onde os cidadãos (as pessoas envolvidas plenamente na cooperação), livres e iguais, desconhecem qualquer contingência (posição social, cor, raça, religião, procedência, etc.) que possa influenciar no acordo de escolha dos termos equitativos de cooperação social.

Apresentados estes aspectos preliminares da compreensão da Teoria da Justiça de John Rawls, faz-se necessária agora a apresentação de alguns aspectos detalhados que sustentam a argumentação trazida pelo autor. Todos estes aspectos serão importantes para analisar, num segundo momento deste estudo, se a Justiça como equidade pode justificar teoricamente as ações afirmativas.

2.2 OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA

Partindo da ideia de sociedade democrática como sistema equitativo de cooperação social entre cidadãos livres e iguais, Rawls (2003) procura investigar quais princípios são mais apropriados para esta sociedade.

Nesta sociedade, o objeto primário da justiça política é a estrutura básica (principais instituições políticas e sociais e como elas se harmonizam num sistema de cooperação). Os cidadãos nascem e passam a vida nas instituições básicas. Logo, a estrutura básica tem forte influência sobre as desigualdades sociais e econômicas, o que deve ser levado em conta na definição dos princípios de justiça (RAWLS, 2003).

Essas desigualdades econômicas e sociais têm a ver com a perspectiva de vida dos cidadãos, pois afetadas por classe social, dons naturais, oportunidades de educação e até pela boa ou má sorte (RAWLS, 2003).

Portanto, os princípios devem ser tais que possam legitimar essas diferenças de perspectivas, bem como as tornar congruentes num sistema de cooperação social de cidadania livre e igual (RAWLS, 2003).

Por fim, na definição dos princípios, é preciso considerar que a justiça como equidade é uma forma de liberalismo político. Essa noção surge por dois fatores: pluralismo razoável (resultante da diversidade de doutrinas abrangentes e razoáveis que perpetuam na sociedade); num regime democrático, o poder político é o poder de cidadãos livres e iguais como um corpo coletivo. Neste andar, a concepção de justiça deve ser política. Quando isso é satisfeito, há legitimidade do poder político, porque exercido de acordo com uma Constituição cujos elementos essenciais todos os cidadãos razoáveis e racionais podem endossar. Este é o princípio liberal da legitimidade (RAWLS, 2003).

Partindo dessas premissas e considerando a sociedade como sistema equitativo de cooperação social entre cidadãos livres e iguais, Rawls apresenta os seguintes princípios como mais apropriados para determinar direitos e liberdades básicos, bem como para regular desigualdades econômicas e sociais (RAWLS, 2003):

- 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;
- b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença) (RAWLS, 2003, p. 60).

A aplicação destes princípios pressupõe uma ordem: o primeiro princípio sempre precede o segundo; a primeira parte do segundo princípio (igualdade equitativa de oportunidades) tem precedência sobre o princípio da diferença (RAWLS, 2003).

Ao explicar o significado de igualdade equitativa de oportunidades, Rawls (2003) argumenta que essa igualdade visa corrigir a igualdade formal de oportunidades. Portanto, há uma exigência de que cargos públicos e posições sociais estejam abertos no sentido formal, numa concepção liberal, mas que todos tenham uma chance equitativa de ter acesso a eles. Para que isso ocorra, há necessidade de impor exigências na estrutura básica para além da liberdade natural. É preciso um sistema de mercado livre e ajuste de tendências de longo prazo das forças econômicas para impedir a concentração excessiva de riqueza e da propriedade, o que

levaria a dominação política. Também, a igualdade equitativa implica oportunidades iguais de educação, independentemente da renda.

A justificativa para a prioridade do primeiro princípio é que ele abarca elementos constitucionais essenciais, ou seja, direitos e liberdades básicos que protegem interesses fundamentais. Como exemplo desses direitos e liberdades básicas, pode-se citar: liberdade de pensamento e consciência, liberdade políticas, liberdade de associação, direitos e liberdades abarcados pela liberdade e integridade da pessoa, direitos e liberdades abarcados pelo estado de direito (RAWLS, 2003).

A natureza fundamental que esses direitos e liberdade protegem é que atribui a prioridade ao primeiro princípio. Desse modo, o segundo princípio deve ser aplicado num contexto que satisfaça o primeiro princípio, o que ocorre numa sociedade bem-ordenada (RAWLS, 2003).

“O valor equitativo das liberdades políticas garante que cidadãos [...] tenham praticamente uma chance igual de influenciar a política governamental e de galgar posições de autoridade independentemente de sua classe social e econômica.” (RAWLS, 2003, p. 65).

Os dois princípios aplicados à estrutura básica fazem com que ela tenha duas funções coordenadas: determinar e garantir liberdades básicas iguais aos cidadãos e estabelecer um regime constitucional justo; prover instituições sociais de fundo mais apropriadas a cidadãos livres e iguais (RAWLS, 2003).

A adoção e aplicação destes princípios ocorre da seguinte maneira: sob o véu da ignorância (na posição original) as partes adotam os princípios da justiça. Aos poucos, este véu vai sendo retirado progressivamente, na medida em que é realizada uma convenção constituinte; vão sendo promulgadas leis baseadas na constituição e em conformidade com os princípios de justiça; ao final, as normas são aplicadas por governantes e seguidas por cidadãos, além de serem interpretadas pelo judiciário. A esta altura, o véu da ignorância já está completamente retirado (RAWLS, 2003).

Cabe observar que o primeiro princípio se aplica ao estágio da convenção constituinte, especialmente aos elementos constitucionais essenciais. Já o segundo princípio se aplica no estágio legislativo, notadamente quanto ao tipo de legislação social e econômica a ser adotada (RAWLS, 2003).

Outro aspecto a ser destacado é que, embora o princípio da diferença não faça parte dos elementos constitucionais essenciais, é importante analisar qual ideia de igualdade é mais apropriada neste sistema cooperativo social entre cidadãos livres e iguais. Para Rawls (2003) essa ideia de igualdade implica profunda reciprocidade. Sendo assim, o princípio da diferença é uma exigência para uma igualdade democrática.

2.3 JUSTIÇA DISTRIBUTIVA COMO JUSTIÇA PROCEDIMENTAL

Segundo Rawls (2003) o problema da justiça distributiva, na sua proposta de justiça como equidade, está em saber como ordenar a estrutura básica num esquema unificado de instituições para que a cooperação social equitativa, eficiente e produtiva possa perdurar no tempo, passando de geração em geração. Ele explica que quando se tem normas de instituições de fundo definidas com base nos princípios da justiça, as exigências dessas instituições são previsíveis. Logo, sempre que cidadãos elaboram seus planos de vida, levam em conta, de antemão, tais normas. Portanto, as normas das instituições destinam-se alcançar metas de cooperação ao longo do tempo (RAWLS, 2003).

Se a estrutura básica está organizada de modo que todos seguem as normas publicamente reconhecidas, a distribuição específica de bens resultante deste sistema é considerada justa, qualquer que venha a ser (RAWLS, 2003).

Para que isso ocorra, certas regras precisam estar incluídas na estrutura básica para que a cooperação social permaneça equitativa ao

longo do tempo, de uma geração para outra. Essas regras precisam estar balizadas pelos princípios de justiça (RAWLS, 2003).

Essas normas das instituições de fundo definidas com base nos princípios de justiça visam alcançar metas de cooperação social equitativa ao longo do tempo. São essenciais para as liberdades políticas, a igualdade equitativa de oportunidades, a garantia de que as desigualdades econômicas e sociais contribuam para o bem geral e beneficiem os menos favorecidos (RAWLS, 2003).

Em todo este contexto, a justiça distributiva em Rawls é vista como uma justiça procedimental pura, já que elabora um esquema social, um procedimento para regular a cooperação social de geração para geração. E este procedimento está regulado pelos princípios da justiça, cujo objetivo é definir os termos gerais de cooperação social.

2.4 ESTRUTURA BÁSICA COMO OBJETO DA TEORIA DE JUSTIÇA

Mesmo numa sociedade bem ordenada, as perspectivas de vida dos cidadãos são afetadas por três tipos de contingências: classe social, talentos naturais e boa ou má sorte. A maneira como a estrutura básica lida com essas contingências para cumprir metas sociais é outro fator que influencia nas perspectivas de vida (RAWLS, 2003).

Por outro lado, para que cidadãos possam familiarizar-se com a cultura pública e participar dela, concebendo a cada um como livre e igual, eles precisam ser educados pelas instituições básicas, adquirindo, com isso, essa concepção sobre si mesmos e estimulação do ideal de justiça (RAWLS, 2003).

Outrossim, as expectativas de alguém para o futuro dependem tanto de sua posição social como dos princípios públicos de justiça que a sociedade usa para regular as instituições da justiça de fundo (RAWLS, 2003).

Segundo Rawls (2003) os talentos naturais (como inteligência ou dons naturais) não são qualidades naturais fixas e constantes. Eles são apenas potenciais, pois sua fruição só é possível dentro de determinadas condições sociais. Para que sejam realizados, estes talentos dependem de atitudes sociais de estímulo e apoio, bem como instituições voltadas ao seu treinamento e uso (RAWLS, 2003).

Portanto, considerando a estrutura básica como objeto primário da justiça como equidade, suas instituições devem promover o desenvolvimento das faculdades morais dos cidadãos (concepção de justiça e cooperação social). Também, na qualidade de estrutura que preserva a justiça de fundo de uma geração para outra, realiza a ideia de justiça procedimental num processo social ideal. Por fim, cabe a estrutura básica educar os cidadãos para que tenham uma concepção como livres e iguais, estimular o senso de otimismo e confiança no futuro, bem como o senso de equidade baseado nos princípios reguladores das desigualdades sociais e econômicas (RAWLS, 2003).

2.5 QUEM SÃO OS MENOS FAVORECIDOS

Para saber quem são os menos favorecidos, há necessidade de compreender a ideia de bens primários. Estes são coisas que os cidadãos precisam como pessoas livres e iguais. Constituem-se em diferentes condições sociais e meios polivalentes necessários para os cidadãos se desenvolverem. Não há uma lista fechada destes bens, pois eles dependem de fatos gerais sobre necessidades e aptidões humanas, relações de interdependência social, entre outros (RAWLS, 2003).

Rawls (2003) destaca cinco tipos de bens primários: direitos e liberdades básicos (liberdades de pensamento e consciência) que são necessários para o desenvolvimento das faculdades morais; liberdades de movimento e livre escolha de ocupação (ambos baseados em liberdades

diversificadas e oportunidades variadas); poderes e prerrogativas de cargos e posições de autoridade e responsabilidade; renda e riqueza (que são meios polivalentes necessários para alcançar variada gama de objetivos); bases sociais do autorrespeito (aspectos das instituições básicas essenciais para que cidadãos possam ter um senso de seu valor e serem capazes de levar adiante seus objetivos).

Os dois princípios da justiça avaliam a estrutura básica em função de como ela regula a repartição dos bens primários. As desigualdades a que se aplica o princípio da diferença são as diferenças nas expectativas de bens primários dos cidadãos durante a vida. Numa sociedade bem-ordenada, na qual estão garantidos os direitos e liberdades básicas, bem como as oportunidades equitativas, os menos favorecidos são aqueles que pertencem à classe de renda com expectativas mais baixas (RAWLS, 2003).

É preciso comparar cada esquema de cooperação social e verificar quem está na situação de menos favorecido. Em seguida, há que comparar os esquemas possíveis e verificar em qual deles os menos favorecidos estão em melhor posição. Neste sentido será permitida a desigualdade de renda e riqueza desde que estas desigualdades estejam dispostas de uma maneira que elevem ao máximo os benefícios para os menos favorecidos (RAWLS, 2003).

2.6 O PRINCÍPIO DA DIFERENÇA

Em primeiro lugar, cabe lembrar que o princípio da diferença está sempre subordinado à realização do primeiro princípio (liberdades básicas iguais) e a primeira parte do segundo princípio (igualdade equitativa de oportunidades). Funciona em associação com eles (RAWLS, 2003).

O esquema de cooperação social se delinea na maneira como se organiza a atividade produtiva, a divisão do trabalho e as funções de quem dela participa. Este esquema de cooperação gera um produto

social. O princípio da diferença exige que a renda e a riqueza obtida pela geração desse produto social beneficiem ao máximo os menos favorecidos (RAWLS, 2003).

Portanto, por maiores que possam ser as desigualdades, elas são permitidas desde que no esquema de cooperação social elas beneficiem os menos favorecidos. Se isso não ocorrer, não serão permitidas (RAWLS, 2003).

Cabe observar que o nível geral de riqueza vai depender das decisões que as pessoas tomam na vida. O trabalho que escolher, o quanto pretende trabalhar, cabe a cada um decidir com base nos incentivos e oportunidades equitativas que a sociedade oferece. Pelo princípio da diferença, seja qual for o nível geral de riqueza que resultar das escolhas das pessoas, as desigualdades existentes têm que beneficiar tanto os outros como a nós mesmos. Portanto, o princípio da diferença revela-se como um princípio de reciprocidade (RAWLS, 2003).

Apresentados todos os elementos acima descritos da teoria de justiça de John Rawls, tem-se uma visão geral, embora resumida, de suas principais ideias. Cabe agora analisar se a justiça como equidade pode justificar teoricamente a implementação de ações afirmativas.

3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NA PERSPECTIVA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Nesta parte do estudo, no objetivo de verificar se a teoria da justiça como equidade justifica teoricamente as ações afirmativas, cabe, inicialmente, descrever em linhas gerais no que consistem as ações afirmativas.

As ações afirmativas são um conjunto de políticas públicas e privadas direcionadas à realização do princípio da igualdade material, bem como para redução ou eliminação de efeitos da discriminação racial, de

gênero, de idade e de origem nacional. Podem ainda corrigir efeitos atuais de discriminações ocorridas no passado (MASTRANTONIO, 2009).

Elas são iniciativas de caráter temporário, de natureza pública ou privada. Seu principal intuito é corrigir problemas históricos, ou mesmo atuais, que prejudicam determinados grupos sociais menos favorecidos (DUARTE, 2014).

Os destinatários das ações afirmativas são as minorias socialmente inferiorizadas. Elas objetivam fazer com que tais minorias tenham as mesmas oportunidades que os demais grupos sociais, permitindo-lhes competir igualmente com os demais cidadãos (MORAES, 2010).

Ribeiro (2011) apresenta diferenciação entre ação afirmativa formal – aquela que visa combater uma discriminação que se dá em função de uma norma – e ação afirmativa material – aquela que combate discriminação baseadas em comportamentos sociais, coletivos ou individuais. O autor também diferencia as ações afirmativas quanto ao nível legal: legal e infralegal (lembrando que devido ao seu caráter temporário, a ação afirmativa não pode estar totalmente incluída no texto constitucional. Além disso, diferencia as ações afirmativas quanto ao alcance: nacional, regional ou local, cuja delimitação se dá pelo princípio da predominância de interesse que rege a distribuição de competência dos entes da Federação.

Melo (1998) identifica algumas características das ações afirmativas, quais sejam: não devem ser consideradas discriminatórias; são de caráter especial; têm objetivo de assegurar o progresso adequado de determinados grupos; não deve haver manutenção de direitos separados para os diferentes grupos; não perdurem no tempo após alcançarem seus objetivos.

Segundo Clève (2014), a ideia é que todos os competidores sociais tenham garantido pelo Estado igualdade de oportunidades. Isso

vai além da igualdade formal de oportunidades, exigindo políticas para compensar ou assistir minorias, de modo que todos, em determinada comunidade, tenham as mesmas possibilidades, ao menos iniciais, para desenvolver suas habilidades, ou seja, o mesmo “ponto de partida”.

Defensores das ações afirmativa justificam estas medidas por meio de duas teorias: justiça compensatória e justiça distributiva. A justiça distributiva seria uma proposta de justiça em razão da situação no presente. A compensatória seria uma proposta de justiça pelo passado (KAUFMANN, 2007).

O argumento da justiça compensatória é frágil, sendo mesmo ilegítimo, na medida em que não há como responsabilizar gerações presentes por problemas causados por gerações passadas, por atitudes que, inclusive, as gerações presentes não endossam. Outrossim, mas pela mesma ótica, os descendentes de grupos discriminados no passado não sofreram as consequências diretas daquela discriminação. Seria muito difícil identificar os possíveis beneficiários atuais de ações afirmativas que visam reparar discriminações ocorridas gerações no passado (KAUFMANN, 2007).

Por outro lado, a proposta de ação afirmativa baseada na justiça distributiva implica na promoção de oportunidades para aqueles que não conseguem competir de modo igualitário, de modo a compensar desigualdades existentes atualmente na sociedade. Busca-se com isso a concretização de uma igualdade substancial (KAUFMANN, 2007).

Esta ideia de igualdade de oportunidades é o ponto de partida para a justificação teórica das ações afirmativas na justiça como equidade de Rawls. Isso porque este autor está inserido num modelo de justiça de base distributiva baseada em princípios de justiça que visam estabelecer um procedimento de cooperação social (justiça procedimental pura) de longo prazo.

Como já se viu, a teoria de justiça como equidade entende a sociedade com um sistema equitativo de cooperação social entre cidadãos livres e iguais. Estes cidadãos são vistos como iguais na medida em que se envolvem na cooperação social, participam da sociedade como iguais, compartilham os valores políticos e o objetivo de fazer justiça um ao outro.

No entanto, estes cidadãos não partem de um mesmo ponto de partida. Há diferenças de berço (nascer rico ou pobre), de talentos naturais (aptidão esportiva) e até de má sorte na vida (um acidente que limite a capacidade de trabalho). Essas diferenças geram desigualdades que vão se perpetuando ao longo do tempo. É neste contexto que Rawls (2003) questiona se: algumas pessoas pensam que merecem ter nascido mais dotadas do que outras?

Também se pode questionar se é justo que pessoas com melhores talentos naturais ou com mais sorte na vida tenham posições de vantagem na sociedade.

Evidentemente que para resolver esta questão a sociedade deve adotar medidas que promovam a igualdade de oportunidades, ou seja, aquele mesmo ponto de partida mencionado por Clève (2014). Para que esse ponto de igualdade de oportunidades seja encontrado, parece possível partir da sociedade cooperativa tratada por Rawls. Mas para isso será preciso reconstruir a ordem de ideias lançadas pelo filósofo, ingressando inclusive na posição original.

Quando se pretende ter uma sociedade que vise uma igualdade substancial entre seus cidadãos, ou seja, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, parece plausível pensar, tal qual pensou Rawls, numa sociedade como um sistema equitativo de cooperação social entre cidadãos livres e iguais.

Essa ideia de cooperação se realiza numa sociedade bem-ordenada, ou seja, uma sociedade em que todos aceitam a mesma concepção de justiça política e possuem um senso de justiça que lhes

permita agir na sociedade segundo seus direitos e deveres. Também, todos nesta sociedade bem-ordenada acreditam que a estrutura básica (principais instituições) respeita os princípios de justiça.

Para que os cidadãos possam viver nesta sociedade de cooperação e alcançar seus ideais, bem como alcançar uma concepção política de justiça – e especificamente no que concerne a este estudo, uma igualdade substancial – eles devem definir quais são os termos equitativos dessa cooperação.

Rawls (1997) propôs que esses termos são definidos mediante um acordo celebrado pelos cidadãos em condições justas. Esse acordo é realizado na chamada “posição original” (algo como um modelo de pensamento atemporal) na qual os cidadãos ou seus representantes estão sob um “véu da ignorância”. Sob este véu, eles desconhecem sua posição social, cor, raça, sexo, ou qualquer outro elemento que possa trazer alguma posição vantajosa na negociação. Sob tais condições os cidadãos poderiam definir os termos equitativos de cooperação social.

Esses termos seriam reunidos em dois princípios. Um primeiro que protege um esquema equitativo de liberdades básicas. Um segundo em que as desigualdades econômicas e sociais devem satisfazer duas condições: a igualdade equitativa de oportunidades para acesso a cargos e posições; beneficiar os menos favorecidos (princípio da diferença).

Partindo dessa premissa e de um ideário constitucional que visa o combate às desigualdades, para a assunção de uma igualdade social substancial, parece possível cogitar do modelo de Rawls de sociedade cooperativa como viável para redução ou regulação das desigualdades.

Assumindo, ainda que de forma idealista, que a sociedade tem esse viés cooperativo e ideais constitucionais de liberdade e igualdade entre os cidadãos, mas que essa igualdade ainda não se realizou de forma substancial, bem como considerando que num processo hipotético os representantes pretendam se colocar na posição original para decidir

quais princípios devem reger a cooperação social, também parece plausível aceitar os mesmos princípios indicados por Rawls como aqueles que os nossos representantes definiriam na posição original sob um véu da ignorância.

A primeira tarefa, a partir destes princípios que definem os termos equitativos de cooperação social, é garantir um esquema consistente de liberdades básicas iguais para todos. Logo em seguida, há que adentrar na realização do segundo princípio, ou seja, a permissão das desigualdades econômicas e sociais mediante um esquema equitativo de oportunidades de acesso aos cargos e a existência de desigualdade em benefício dos menos favorecidos (princípio da diferença). É preciso entender, aqui, que Rawls aceita a existência de desigualdades entre as pessoas, até como um processo natural da escolha de vida de cada um. O que o princípio da diferença pretende é regular essas desigualdades, para que elas somente sejam toleradas quando beneficiarem os menos favorecidos. Sendo assim, dentre os vários esquemas possíveis de desigualdade, deve-se observar em qual deles os menos favorecidos estão em melhor posição. Será este o esquema a ser escolhido, por ser o que mais beneficia os menos favorecidos.

Neste contexto, todos os cidadãos da sociedade, como pessoas que cooperam política e socialmente, justificam entre si os raciocínios e valores políticos, num modelo que todos podem aceitar. Essa base de justificação pública garante o desenvolvimento de uma concepção política e pública de justiça.

Logo, a partir de um modelo de desenvolvimento de ideias da concepção política de justiça num ambiente de justificação pública, os ideais vão se aprimorando. Esta sociedade, então, vai se tornando numa sociedade bem-ordenada e alcança um equilíbrio reflexivo na medida em que os cidadãos passam a afirmar uma mesma concepção de justiça política.

Outrossim, na sociedade também há uma gama de diferentes doutrinas filosóficas, religiosas e morais, chamadas por Rawls de doutrinas abrangentes. Cada qual defende seu modelo de pensamento e seus interesses. Algumas dessas doutrinas são mais razoáveis e, por assim serem, perduram ao longo do tempo na sociedade. Essas doutrinas abrangentes que perduram passam a formar uma base razoável de unidade política e social relativa a uma sociedade democrática. O resultado disso é o chamado consenso sobreposto razoável.

Aglutinando essas ideias, tem-se uma sociedade que pretende ser cooperativa num modelo equitativo entre cidadãos livres e iguais. Na pretensão de tornar os cidadãos substancialmente iguais, o segundo princípio pretende que haja oportunidades iguais de acesso aos cargos e posições sociais (o que promove a igualdade substancial), bem como que as desigualdades somente sejam permitidas quando beneficiem os menos favorecidos. Já se explicou (primeira parte deste estudo) que esses menos favorecidos são aqueles que dispõem de menos bens primários, estes últimos entendidos como, dentre outros, renda e riqueza, e poderes e prerrogativas de cargos e posições de autoridade.

O destaque a renda e riqueza e acesso a cargos é importante porque é justamente a base da qual trata o segundo princípio. Isso significa que uma das principais regras da sociedade é delimitar o mecanismo de regulação das desigualdades.

Cabe lembrar novamente que a existência desses menos favorecidos pode ser resultado tanto da posição privilegiada (ou não) de nascimento, como dons naturais ou mesmo boa ou má sorte na vida (exemplo: um acidente que impossibilitou alguém de trabalhar em determinadas funções).

Se essas diferenças não forem equilibradas, a sociedade pode romper em colapso, porque a desigualdade que elas provocam pode gerar

um domínio econômico e um controle político por aqueles que estão em melhores posições sociais (Rawls, 2003).

Portanto, considerando que as pessoas passam a maior parte de suas vidas vinculadas a estrutura básica, sendo este o objeto primário da justiça como equidade, esta estrutura precisa encontrar meios de, aplicando o segundo princípio, ajustar as desigualdades. E na proposta de justiça distributiva de Rawls, como justiça procedimental, esse esquema de ajustar as desigualdades precisa se prolongar de geração para geração. Trata-se de um procedimento de cooperação social que vai distribuindo os bens entre os cidadãos, assim como regulando a utilização dos talentos, permitindo a desigualdade na medida em que beneficie os menos favorecidos.

Afinal de contas, uma estrutura básica que satisfaça o princípio da diferença não recompensa as pessoas pelo seu lugar na distribuição dos talentos naturais, mas sim por educar e treinar esses talentos e coloca-los em ação para contribuir para o bem de todos (RAWLS, 2003).

Além disso, o princípio da diferença representa um acordo de compartilhamento dos talentos naturais. Embora cada pessoa seja dona de seus talentos, a distribuição deles na sociedade é considerada um bem comum que é compartilhado em benefício de todos (RAWLS, 2003).

Neste contexto, a estrutura básica da sociedade deve compartilhar o uso dos talentos naturais, com base nos parâmetros do segundo princípio, para que eles sejam usados em benefício de todas as pessoas. Isso já elimina parte da desigualdade, ou seja, aquela relativa aos talentos naturais.

Ainda restam as questões de berço e de boa ou má sorte que permeiam a sociedade. Nestas questões de berço, é possível incluir as questões raciais e de gênero, que indiscutivelmente geram desigualdades sociais. Rawls não tratou com especificidade das questões raciais e de gênero na sua Teoria. Isso é compreensível, porque a teoria é um modelo

ideal que já pressupõe as pessoas como livres e iguais. Dessa expressão “livres e iguais” já se pode presumir que a sociedade bem-ordenada tratada por Rawls já superou esses problemas de desigualdade racial ou de gênero. Contudo, nada impede que a Teoria possa ser usada, também, para tratar de tais questões, como inclusas nas desigualdades originadas de berço, situação social ou má sorte.

Para resolver esta questão, a sociedade precisa encontrar um mecanismo de aplicar o segundo princípio e dar oportunidades equitativas para todos.

Quando se diz “dar oportunidades equitativas” é preciso entender que nem todos os cidadãos, dadas essas inúmeras diferenças que ocorrem ao longo da vida ou desde o nascimento, ou mesmo por gerações, têm o mesmo ponto de partida na disputa pelas posições sociais.

Em sendo assim, cabe delinear um raciocínio: considerando uma sociedade equitativa de cooperação social entre cidadãos livres e iguais (formalmente, mas que buscam igualdade substancial); considerando que estes cidadãos se colocam na posição original e definem seu acordo de cooperação ou termos de cooperação social, calçados em dois princípios; considerando que um desses princípios visa combater ou regular desigualdades, dando oportunidades equitativas e permitindo desigualdades somente quando beneficiarem os menos favorecidos; considerando que numa base racional e razoável de justificação pública esses cidadãos compartilhem seus ideais de justiça e de combate às desigualdades; considerando que há um consenso sobreposto de diferentes doutrinas abrangentes, também, para combater as desigualdades sociais; considerando esses argumentos, seria razoável acreditar que nesta sociedade que combate desigualdades, as ações afirmativas fossem escolhidas como um mecanismo legal de aplicar o segundo princípio e dar oportunidades equitativas de acesso a cargos e posições sociais e somente permitir desigualdades quando em benefício dos menos favorecidos?

Uma resposta afirmativa é bastante razoável.

Isso seria um compromisso justo assumido pela sociedade e que deriva de uma ideia implícita de reciprocidade contida no princípio da diferença, pois a sociedade e as instituições não podem tirar vantagem da distribuição de talentos, posição social inicial ou boa ou má-sorte senão para beneficiar os menos favorecidos (RAWLS, 2003).

Ao contrário disso, as instituições, balizadas pelo segundo princípio, devem criar mecanismos de promoção (em fase legislativa, onde atua o segundo princípio, e ainda sob parcial véu da ignorância) para que as desigualdades existentes possam beneficiar os menos favorecidos. Esse benefício ocorre quando, na comparação de todos os esquemas sociais possíveis, os menos favorecidos estão em melhor posição, ainda mesmo que os mais favorecidos estejam em posição bem mais elevada, porque o mais importante é sempre escolher a melhor posição possível dos menos favorecidos.

Neste contexto, a escolha das ações afirmativas se justifica como um dos mecanismos de realização do segundo princípio na sociedade. Isso porque, embora elas criem situações de desigualdade na sociedade, as chamadas discriminações positivas, essas desigualdades são criadas para melhorar a posição dos menos favorecidos.

Além disso, assim que realizado o interesse almejado pela ação afirmativa, ela deixa de existir, por desaparecerem os motivos de promoção social que ela visou. Portanto, a ação afirmativa fomenta uma desigualdade temporária para um benefício direto ao menos favorecido, algo que replica com bastante clareza a proposta apresentada por Rawls relativa ao princípio da diferença.

Pode-se dizer, também, que as ações afirmativas realizam os dois aspectos do segundo princípio proposto por Rawls. Ao fomentar discriminações positivas em benefício dos menos favorecidos, as ações afirmativas permitem a esse grupo de pessoas o alcance de uma igualdade

equitativa de oportunidades de acesso a cargos públicos, bem como de posições sociais antes inatingíveis por diversos fatores (posição social, discriminação, etc.). Sendo assim, fica evidente que elas realizam a dupla proposta contida o segundo princípio da justiça proposto por Rawls.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo da teoria da justiça como equidade de John Rawls, verificou-se que este autor apresenta em sua teoria de justiça um consistente conteúdo filosófico sobre um modelo idealista e teórico de justiça política para uma sociedade.

Este modelo de justiça vê a sociedade como um sistema equitativo de cooperação social entre pessoas livres e iguais. Os termos equitativos dessa cooperação são definidos na posição original pelos representantes das pessoas, sob um véu da ignorância. Neste contexto, são definidos, por um acordo, os termos equitativos de cooperação. Estes termos, por sua vez, são definidos em dois princípios de justiça: um primeiro, com foco num esquema igualitário de liberdades básicas; um segundo, cuja primeira parte envolve igualdade equitativa de oportunidade de acesso a cargos e posições sociais, e uma segunda parte que, chamada de princípio da diferença, regula as desigualdades, dizendo que elas apenas são permitidas se beneficiarem os menos favorecidos.

Com base no estudo desta teoria foi possível verificar que as ações afirmativas podem ser justificadas teoricamente com base na justiça por equidade de John Rawls. Isso porque, sendo as ações afirmativas ferramentas de concretização de direitos fundamentais em benefício de grupos menos favorecidos, elas realizam ambos os aspectos do segundo princípio da justiça proposto por Rawls em sua teoria.

Isso porque as ações afirmativas realizam a primeira parte do segundo princípio de justiça porque elas permitem que grupos menos

favorecidos na sociedade (seja por renda, talentos naturais ou histórico de discriminação) possam galgar posições sociais e cargos públicos em igualdade de oportunidades por meio de um mecanismo de discriminação positiva, ou seja, tratando desigualmente os desiguais e igualmente os iguais.

Além disso, elas também realizam o princípio da diferença na medida em que, estabelecendo discriminações positivas em favor de minorias menos favorecidas, estão criando um esquema de desigualdade que beneficia os menos favorecidos, no rigor da proposta teórica de John Rawls.

REFERÊNCIAS

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DUARTE, Allan Coelho. *A constitucionalidade das políticas de ações afirmativas*. Brasília, DF: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abr. 2014. (Texto para Discussão n. 147). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 22 abr. 2014.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Meneses. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MASTRANTONIO, Simone Aparecida Barbosa. Ação afirmativa. *Rev TRT – 9ª R*, Curitiba, a. 34, n. 63, p. 353-397, 2009.

MELO, Monica de. O princípio da igualdade à luz das ações afirmativas: enfoque na discriminação positiva. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, a. 6, n. 25, p. 79-101, 1998.

MORAES, Vanessa da Silva. Ações afirmativas: políticas de inclusão social e de efetivação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. *Revista da Ajuris*, a. 37, n. 118, p. 337-355, 2010.

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

RAWLS, John. *O direito dos povos*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

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

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIBEIRO, Rafael de Freitas Schultz. Estudo sobre ações afirmativas. *Rev. SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, p. 165-190, 2011.

A LIBERDADE EM JOHN RAWLS

Douglas Marangon¹

I INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo promover uma análise, e fomentar o debate, acerca do tema liberdade sob a luz do pensamento liberal clássico inaugurado por John Locke, passando pela evolução do conceito de liberdade no pensamento liberal-econômico de Adam Smith, culminando com a abordagem da contribuição de John Rawls.

Os teóricos modernos da ciência política já se debruçaram sobre o tema da liberdade, sem, contudo, chegar a um consenso. Por vezes as concepções são mesmo antagônicas. Conforme lembra Cruz (2013, p. 11): “Para uns, é a palavra-chave para o melhor funcionamento das engrenagens da instituição política, para outros é a base do individualismo sem o compromisso com a coisa pública.” Nesse sentido, “uns a consideram o maior valor a ser respeitado por todos e ser garantido a todos, outros buscam limita-la, já que poderia ser nocivo para a sociedade tê-la em sua totalidade.”

Ante a celeuma doutrinária que cerca o assunto, justifica-se a elaboração deste breve estudo, com o objetivo de explicitar as matrizes de pensamento inauguradas por Locke e Smith, até se chegar à teoria

¹ Especialista em Direito Civil e Processo Civil; Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado.

desenvolvida por Rawls. Para tanto, utilizar-se-á do método de revisão bibliográfica, a partir da análise das obras dos já referidos autores, bem como das principais obras secundárias relacionada ao assunto.

Na primeira parte será abordado o tema liberdade sob o prisma do liberalismo clássico segundo a concepção de John Locke, notadamente a partir dos escritos em sua obra *Dois Tratados Sobre o Governo*. Na sequência, far-se-á uma abordagem sob a perspectiva do Liberalismo-econômico de Adam Smith, adotando com referencial teórico sua obra *Riqueza das Nações*. Por fim, far-se-á uma releitura do tema a partir da Teoria da Justiça de John Rawls, a partir da obra *Uma Teoria da Justiça*, buscando-se captar a concepção de liberdade segundo o autor, bem como sua contribuição e influência no tema da liberdade negocial.

Das análises propostas, conclui-se que para Locke a concepção de liberdade parte do direito natural que todo homem tem de ser proprietário de sua terra, pois considera a liberdade como um bem natural de cada indivíduo. A liberdade, para o autor, ao lado da igualdade é uma característica inerente ao indivíduo ainda no seu estado pré-social ou pré-político. Tocante à concepção de Smith, a liberdade individual, calcada na possibilidade de por meio do trabalho se tornar proprietário, representa a origem do progresso e da felicidade social, a condição mesmo de uma sociedade ordenada. Contudo, a liberdade calcada nas leis de mercado se mostrou insuficiente à garantia da liberdade individual, à medida que a acumulação do capital se tornou uma poderosa ferramenta de dominação. Já Rawls, conforme apontado por Cruz (2013, p. 55) “[...] vai considerar a liberdade em conexão com as limitações jurídicas e constitucionais, ou seja, a liberdade é determinada pelas estruturas institucionais inseridas no sistema de normas públicas que definem os direitos e deveres dos cidadãos.”

2 A LIBERDADE SOB O PRISMA DO LIBERALISMO CLÁSSICO EM JOHN LOCKE

Juntamente com Hobbes e Rousseau, Locke é um dos principais representantes do jusnaturalismo ou teoria dos direitos naturais. Segundo Mello (1993), o modelo jusnaturalista de Locke é, em suas linhas gerais, semelhante ao de Hobbes: ambos partem do estado de natureza que, pela mediação do contrato social, realiza a passagem para o estado civil.

Existe, contudo, uma substancial diferença entre os pensadores no que tange à concepção dos termos estado natural, contrato social e estado civil. Contrariamente ao tradicional pensamento aristotélico, segundo o qual a sociedade precede o indivíduo, Locke sustenta pensamento diverso. Segundo doutrina, o indivíduo é anterior ao Estado e à própria sociedade. Na sua concepção individualista, os homens viviam originalmente num estágio pré-social e pré-político, caracterizado pela mais perfeita liberdade e igualdade, denominado estado de natureza (MELLO, 1993).

Diferentemente do estado de guerra hobbesiano, o estado de natureza segundo Locke gozaria de relativa paz e harmonia. Nesse estado pacífico os homens já eram dotados de razão e desfrutavam da propriedade que, numa primeira aceção genérica utilizada por Locke, designava simultaneamente a vida, a liberdade e os bens como direitos naturais do ser humano (VÁRNAGY, 2004).

Com Kuntz (1997), pode-se defender a ideia de que, com o pensamento lockiano, liberdade e propriedade se haviam convertido em termos quase indissociáveis, ao passo que vida, liberdade e patrimônio teriam sido englobados no conceito de propriedade.

Ainda em arrimo em Kuntz (1997), insta anotar que houve algumas vozes dissonantes deste pensamento, mas só um autor, Marx, foi capaz de identificar a igualdade formal proposta pelo sistema

liberal como sustentáculo do capitalismo e sua correspondência com a desigualdade material. Entretanto, a conciliação entre igualdade formal e material se mostrava impraticável com o sistema liberal inaugurado por Locke. A defesa da acumulação como compatível com o direito natural, no capítulo 5 do Segundo Tratado, é uma forma de legitimar a desigualdade.

O autor observa, no entanto, que para quem concebe o liberalismo como defesa incondicional da propriedade e do livre mercado, o problema da conciliação não se mostra relevante. Segundo aduz, o problema da conciliação só existe quando se considera que os dois valores, liberdade e igualdade, balizam a tradição das democracias constitucionais do Ocidente e permanecem relevantes (KUNTZ, 1997).

Fazendo uma primeira aproximação entre os pensamentos analisados no presente estudo, convém apontar que:

Essa tradição é a grande moldura da reflexão rawlsiana. Ele não pretendeu construir uma teoria da justiça para qualquer sociedade, mas uma capaz de expressar, com maior equilíbrio, certos valores consolidados na cultura ocidental moderna, especialmente a partir da reforma. Esses valores incluem tanto a igualdade quanto uma noção nova da liberdade individual. (KUNTZ, 1997, p. 3).

Locke trata da propriedade também em uma concepção de posse de bens móveis e imóveis. Em contraponto a Hobbes, para quem a propriedade é uma benesse concedida pelo Leviatã, que pode retirá-las de seus súditos sempre que entender pertinente, Locke concebe a propriedade como fruto do trabalho do homem (MELLO, 1993). Nessa perspectiva, partindo-se da premissa de que a terra foi provida por Deus para usufruto de todos os homens, a partir do emprego do seu trabalho sobre a terra o homem passa a ser proprietário da parcela do solo que cultiva. (LOCKE, 2001). Nas exatas palavras do filósofo:

O trabalho do seu corpo e a obra de suas mãos, pode-se dizer, são propriamente dele. Qualquer coisa que ele então retire do estado com que a natureza proveu e deixou, mistura-a ele com o

seu trabalho e junta-lhe algo que é seu, transformando-a em sua propriedade. (LOCKE, 2001, p. 409).

Por corresponder à capacidade de trabalho do homem, a propriedade ficava limitada a esta. Depois, com o surgimento do dinheiro, a possibilidade do tráfego econômico e de acumulação de riquezas proporcionou a possibilidade de adquirir propriedade não apenas pelo trabalho, como também pela compra. Segundo Locke, aí reside a fonte da desigualdade na distribuição da riqueza (LOCKE, 2001).

Nesse contexto, o filósofo é considerado pai do Liberalismo Político surgido como contraponto ao absolutismo vigente e ensejando o surgimento do Estado mínimo, arrimado na crença de que cada indivíduo seria capaz de, por suas forças, gerenciar o processo econômico-social no qual está inserido (FULLER, 2004). “Tratava-se de propugnar a não atuação estatal, o que significava naquele contexto fenomênico a liberdade que tanto era fragilizada pelo poderio incontrastável de mando do monarca.” (FULLER, 2004, p. 139).

A respeito do tema, Bobbio (1992, p. 119) leciona que “vigia a concepção individualista da sociedade dotada da característica de primeiro vir o indivíduo e depois o Estado, posto ser aquele possuidor de valor em si mesmo e responsável pela configuração do Estado.”

Para além disso, Locke foi um dos pensadores que com maestria singular objetivou o chamado constitucionalismo, tendo como *ratio* inspiradora a contenção do poder do monarca (FULLER, 2004).

Conforme relembra Fuller (2004), a obra de Locke apresenta de forma contextual uma ferrenha refutação à obra de Robert Filmer, intitulada *Patriarca*. Na citada obra, propõe-se o direito divino dos reis, com base na teoria de que Adão teria recebido de Deus este poder que, ao longo da história, foi sendo transmitido aos monarcas, que seriam descendentes daquele. Ainda, em referida obra, sustenta-se que os

homens não nascem livres, mas escravos e, assim, não possuidores de liberdade para escolher a forma de governo que pretendem adotar.

Diante dessas duas concepções de pensamento, Locke funda seu primeiro tratado afirmando não existir poder que possa ser considerado inato e muito menos divino, preconizando a ideia de liberdade e igualdade como direitos naturais (FULLER, 2004).

Já no segundo tratado, Locke desenvolve a ideia de que antes de existir a sociedade política os homens vivam em estado de natureza, ou seja, em uma sociedade originária, pré-política e dotada de direitos naturais (FULLER, 2004).

A concepção de estado de natureza tem a vocação de permitir a compreensão do poder político e “derivá-lo de sua origem” (LOCKE, 2001, p. 381). Para tanto, deve-se considerar o Estado em que todos os homens naturalmente estão, “o qual é um estado de perfeita liberdade para regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado.” (LOCKE, 2001, p. 382), observados os limites da lei da natureza, sem necessitar se sujeitar a qualquer outro homem.

Embora seja esse um estado de liberdade, onde o homem não encontra limites à disposição de pessoa ou posses, “não tem liberdade para destruir-se ou a qualquer criatura em sua posse, a menos que um uso mais nobre que a mera conservação desta coisa o exija.” (LOCKE, 2001, p. 384).

Tocante à sua regulação, o estado de natureza é regido por uma lei da natureza, que a todos obriga. Basicamente, sendo todos iguais e livres, ninguém pode prejudicar outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posses, a menos que se esteja diante de uma situação que possa comprometer a própria existência. Assim, quando a sua própria preservação não estiver sob risco, cada um deve agir no sentido de preservar o resto da humanidade (LOCKE, 2001).

A despeito de sua concepção de estado de natureza, Locke defende a necessidade da consecução de um pacto entre os homens igualmente livres, ensejando o nascimento da sociedade política (FULLER, 2004).

É considerado o pai do liberalismo justamente devido ao fato de ter sustentado a ideia de que todo governo surge de um pacto ou contrato revogável entre indivíduos, cujo propósito seria proteger a vida, a liberdade e a propriedade das pessoas (VÁRNAGY, 2004).

A noção de pacto, ou contrato social, conforme antecipado no prólogo, é diferente em Hobbes e Locke, para o primeiro a situação do indivíduo é de submissão, enquanto para o segundo é de consentimento (FULLER, 2004). Segundo Locke (2001, p. 94): “[...] o que dá início e constitui de fato qualquer sociedade política é tão-só o assentimento de certo número de homens livres capazes de compor maioria para se unirem e incorporarem-se a tal sociedade. É isto, e somente isto pode dar origem a qualquer governo legítimo no mundo.”

Locke mostra não só a fragilidade, mas também a irrelevância prática da doutrina de Filmer e, além disso, estabelece no mínimo os seguintes pontos:

- a) não há por que supor uma hierarquia natural entre os homens, nem pela paternidade, que só diferencia os indivíduos transitoriamente, na relação familiar, nem por qualquer outro título;
- b) não há por que afirmar um vínculo entre a propriedade e o direito de governar. Entenda-se: trata-se aqui de negar um direito originário, que pudesse diferenciar os homens, naturalmente, como pretendentes legítimos ou não ao poder político [...].
- c) se não há como traçar a genealogia dos governos até uma decisão de Deus, nem como legitimar o poder pela paternidade ou pelo domínio material, o problema do governo e o da relação natural entre os homens ficam reabertos. A crítica do pensamento de Filmer não esclareceu a natureza do poder político, nem forneceu uma visão completa do que possa ser a condição natural dos homens [...] (KUNTZ, 1997, p. 5).

Com base nas premissas acima fixadas, notadamente a partir da concepção de estado natural, pode-se empreender uma aproximação

do conceito de liberdade em Locke, intimamente ligado à noção de liberdade. Poder-se-ia associar liberdade à condição vivenciada pelo indivíduo no estado natural, “[...]um estado de perfeita liberdade para regular suas ações e dispor de suas posses [...] do modo como julgarem acertado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir ou depender da vontade de qualquer outro homem.” (LOCKE, 2001), observadas as limitações auto-impostas em razão da aderência ao pacto social fundante da sociedade civil.

“A liberdade, este é o ponto importante, é explicitada como poder de agir, dentro da lei da natureza, *sem depender da autorização de outra pessoa.*” (KUNTZ, 1997, p. 7, grifo do autor). Embora Locke (2001, p. 382) se refira ao estado de natureza como condição “também de igualdade”, os dois atributos não são dissociados, à medida que a ideia de liberdade pressupõe a noção de igualdade, ou de indiferenciação de poder. “É necessário conceber os homens como iguais para vê-los como livres. Há um vínculo entre as duas idéias, e a da liberdade só é compreensível por uma referência à outra.” (KUNTZ, 1997, p. 7).

O fato de o pensamento de Locke ser examinado criticamente por contratualistas contemporâneos com Robert Nozick, Amartya K. Sen e (no que interessa ao objeto de investigação) John Rawls, apenas ressalta a importância duradoura dos argumentos construídos no Segundo Tratado (KUNTZ, 1997), notadamente no que diz respeito ao tema abordado neste breve estudo.

3 A LIBERDADE SOB O PRISMA DO LIBERALISMO ECONÔMICO – A CONTRIBUIÇÃO DE ADAM SMITH

A exemplo de Hobbes, em o *Leviatã*, Adam Smith concebe o homem como parte da natureza. Contudo, sua conclusão diverge no ponto em que considera compatíveis as ideias de homem, liberdade e

ordem social (BILBAO, 2000). Chega-se mesmo a atribuir o estigma de autoritário a Hobbes, como oposto à liberdade individual descrita em *A Riqueza das Nações*, de Adam Smith. Assim como Hume, Smith (2003, p. 6) substitui “o ‘desejo de glória’ – que coloca os homens em guerra fratricida em Hobbes – pelo ‘desejo do ganho’ – que acaba por instituir uma certa harmonia entre eles.”

Sobre este aspecto, Bilbao (2000) relembra as críticas de Hutcheson (1750) e Hume (1990) a Hobbes, no sentido de que este último teria desvalorizado um ponto importante sobre a natureza humana, relacionado com a satisfação de suas necessidades. Conforme defendido por Hume (apud BILBAO, 2000, tradução nossa), “o indivíduo é um ser com grande desejo por coisas materiais, porém com pouca capacidade para obtê-las.” Nessa linha de pensamento, referida limitação impele o indivíduo a cooperar com os demais, fomentando uma rede de relações naturais, que culmina com o desenvolvimento da divisão do trabalho. Assim, segundo Bilbao (2000), a tese compartilhada por Hutcheson e Hume aponta para a existência, na natureza humana, de uma tendência à cooperação entre os indivíduos.

Essa linha de pensamento é seguida por Smith, para quem a origem da sociedade decorre de uma característica particular da natureza humana, consistente na tendência para “comerciar, barganhar e trocar uma coisa por outra.” (SMITH, 2003, p. 7). Essa propensão seria inerente ao ser humano e o conduz, de forma espontânea, a criar uma rede de relações sociais (SMITH, 2003).

Sob esta ótica, Smith sustenta que a riqueza e, por conseguinte, a felicidade das nações reside na quantidade de trabalho que pode ser produzida (BILBAO, 2000). Em continuidade, aduz que a quantidade de trabalho pode ser incrementada por meio da divisão do trabalho, tema ao qual dedica capítulo introdutório de sua obra. Segundo Bilbao (2000), a

próxima questão acerca da divisão do trabalho seria perguntar-se sobre as condições de uma sociedade próspera, ordenada e feliz.

Convém assinalar que, segundo Smith, a divisão do trabalho não deriva da intenção dos indivíduos, mas de suas naturais necessidades. “Essa divisão do trabalho, da qual tantas vantagens derivam, não é originalmente e efeito de qualquer sabedoria humana, que prevê e provê aquela opulência geral que dá ocasião”. A origem da divisão do trabalho, argumenta, “é a necessária, se bem que muito lenta e gradual conseqüência de uma certa propensão da natureza humana [...]” (SMITH, 2003, p. 7).

Nada obstante, em sua obra *Teoria dos Sentimentos Morais*, Smith parece ter reconhecido a insuficiência da compreensão de que a natureza nos dotou de um sentido de identificação com o outro que seria base do comportamento social (CAMPREGHER; LONGONI, 2017), conforme se denota do seguinte excerto: “Por mais egoísta que se suponha o homem, evidentemente há alguns princípios em sua natureza que o fazem interessar-se pela sorte de outros, e considerar a felicidade deles necessária para si mesmo, embora nada extraia disso senão o prazer de assistir a ela.” (SMITH, 1999, p. 5).

Com arrimo em Bilbao (2000), podemos extrair a ideia de que a divisão do trabalho, a instituição que promove a ordem social, não se origina na decisão humana, mas, sim, decorre da natureza do indivíduo. Uma conhecida passagem do livro *I* bem ilustra essa ideia: “Não é da benevolência do açougueiro, cervejeiro, ou padeiro, que esperamos nosso jantar, mas de sua preocupação por seu próprio interesse. Dirigimo-nos, não à sua humanidade, mas ao seu amor-próprio, e nunca lhes falamos de nossas necessidades, mas das vantagens deles.” (SMITH, 2003, p. 8).

A divisão do trabalho leva, portanto, segundo Smith (2003), à formulação de leis que regem as relações entre os indivíduos. Imprescindível, nesse ponto, atentar a duas considerações desenvolvidas por Smith em outros capítulos de sua obra. A primeira diz com a

representação do valor por meio do uso do dinheiro. Para o autor, “o preço real de tudo, o que tudo realmente custa para o homem que deseja adquirir, é o labor e o incômodo de adquiri-lo.” (SMITH, 2003, p. 18). Entretanto, é mais fácil utilizar o dinheiro como representação de valor no lugar do trabalho. Assim, o valor representado pela moeda dá lugar à forma preço (BILBAO, 2000).

A segunda está relacionada ao processo histórico que leva à aparição do capital e da renda da terra. Conforme já dito, o trabalho representava a única fonte de valor nas sociedades primitivas, porém, como consequência do desenvolvimento social, a propriedade da terra e o capital surgiram e se desenvolveram. Destarte, Smith identifica os três elementos do processo econômico: trabalho, capital e terra. Os salários são o preço do trabalho; os benefícios são o preço do capital; e a renda é o preço da terra, e os três elementos juntos determinam a distribuição da riqueza entre os diferentes grupos da sociedade (BILBAO, 2000).

As leis econômicas tais como descritas por Smith, representam a melhor forma de ordenar as relações entre os diferentes grupos, o que tem uma relevante consequência, já que se cogita um mundo ordenado onde necessariamente o indivíduo deve se comportar de forma adequada a esta ordem (BILBAO, 2000). Assim, “sua vontade se encontra submetidas à lógica das leis de mercado.” (BILBAO, 2000, p. 20).

Vê-se, pois, que a liberdade individual, calcada na possibilidade de por meio do trabalho se tornar proprietário, representa a origem do progresso e da felicidade social, a condição mesmo de uma sociedade ordenada. Com efeito, não se pode olvidar a observação de Bilbao (2000, p. 21), no sentido de que “a promessa de construir um mundo ocupado por indivíduos livres se transformou em uma gigantesca máquina de dominação.” Nesse sentido, o Iluminismo, representado por Smith, acreditava haver superado a superstição do velho mundo, mas somente

para dar nascimento a uma nova superstição: o mercado como princípio de organização social.

4 A CONTRIBUIÇÃO DE JOHN RAWLS

A análise proposta nesta seção adota como marco teórico as relevantes obras do filósofo John Rawls, *Uma Teoria da Justiça e O Liberalismo Político*. A importância dos referidos escritos é inquestionável, sobretudo no que diz com questões relacionadas à justiça, à democracia e ao liberalismo político. Conforme apontado por Ferreira Victor (2011), com a publicação das aludidas obras John Rawls reavivou o interesse da grande parcela acadêmica em discutir temas que pareciam adormecidos.

A partir da análise de suas teses centrais, buscar-se-á delinear o sentido de liberdade segundo John Rawls, a fim de cotejá-lo com os autores progressivamente analisados. Não sem antes empreender uma exposição geral do pensamento do autor, dentro das naturais limitações de escopo do presente trabalho.

Introdutoriamente urge lembrar, com Cruz (2013), que ao elaborar sua célebre obra *Uma Teoria da Justiça*, Rawls tinha como objetivo fornecer uma alternativa de sistematização teórica que se opusesse ao utilitarismo² de Stuart Mills, dominante no pensamento anglo-saxão. O objetivo anunciado pelo filósofo era o de generalizar e elevar a uma ordem mais alta de abstração a teoria tradicional do contrato social representada por Locke, Rousseau e Kant. Além disso, o autor acredita oferecer uma explicação sistemática alternativa da justiça que considera superior ao

² A interpretação de Rawls sobre a corrente utilitarista clássica é de que esta está baseada em uma sociedade ordenada de forma correta, em que suas principais instituições estão organizadas de modo a alcançar a maior satisfação possível calculada com base na satisfação dos indivíduos que pertencem a tal sociedade (CRUZ, 2013, p. 31).

utilitarismo dominante da tradição. Entrementes, interessa-nos, da referida obra, especialmente a concepção de liberdade desenvolvida.

A plena compreensão da concepção de liberdade em Rawls não prescinde, entretanto, de uma análise prévia das bases teóricas da Teoria da Justiça desenvolvida pelo autor, desenvolvidas no primeiro capítulo da já citada obra. Sob o epíteto de *Justiça como Equidade*, Rawls estabelece as principais ideias da teoria da justiça, apresentando-as de modo informal e assumindo o compromisso de aprimoramento, à medida que representariam as primeiras bases de suas argumentações sobre o tema. O autor inicia descrevendo o papel da justiça na cooperação social e apresentando uma breve explicação do objeto primário da justiça, a estrutura básica da sociedade, para, após, apresentar a ideia de justiça como equidade, objeto principal do capítulo.

Tocante ao papel da justiça na cooperação social, Rawls inaugura o capítulo com a peremptória afirmação de que “A justiça é primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento.” (RAWLS, 1997, p. 3). Nesse sentido, uma teoria, por mais robusta que seja, deve ser revista se não for verdadeira, assim como as leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas (RAWLS, 1997).

Para o autor, cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. A justiça não admite a violação dos direitos individuais mais elementares nem mesmo em prol de um bem maior coletivo (RAWLS, 1997). Com isso, podemos afirmar que a justiça e principalmente as garantias fundamentais são contra-majoritárias. Assim, “uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça maior.” (RAWLS, 1997, p. 4). Nesse ponto da obra se torna nítido o afastamento do autor em relação às teorias utilitaristas. Em remate, pontua o autor

que “sendo virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça são indisponíveis.” (RAWLS, 1997, p. 4).

Para confirmar suas primeiras convicções sobre a primazia da justiça, Rawls desenvolve um teste da justiça a partir da qual essas asserções podem ser interpretadas e avaliadas. Inicia, destarte, considerando o papel dos princípios da justiça. Para tanto, assume a ideia de que uma sociedade consiste em uma associação de pessoas que adotam determinadas regras comuns de convivência como obrigatórias, agindo, na maioria das vezes, de acordo com essas regras. Em que pese a suposição de que essas regras estabeleçam um sistema de cooperação concebido para promover o bem dos que fazem parte dela, tem-se, igualmente, além de uma identidade um conflito de interesses. A comunhão de interesses decorre do fato de a cooperação social possibilitar que todos tenham uma vida melhor do que teriam por meio de seus próprios esforços. O conflito, por sua vez, evidencia-se na medida que os indivíduos não são indiferentes no que diz respeito ao modo como os benefícios são distribuídos. Exige-se, assim, a adoção de 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 (RAWLS, 1997). Esses princípios são chamados de princípio de justiça social (CRUZ, 2013).

Apresentado o princípio de justiça social, Rawls desenvolve a concepção de sociedade bem ordenada, conceituando-a como aquela que está planejada para promover o bem de seus membros e que seja regulada por uma concepção pública de justiça. Segundo propõe, trata-se de uma sociedade na qual: “(1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem esses princípios.” (RAWLS, 1997, p. 5). Numa tal sociedade, embora haja interesses conflitantes individualmente considerados, os indivíduos reconhecem um ponto de vista em comum, onde seus interesses convergem

sob o ponto de vista coletivo e partir do qual suas reivindicações podem ser julgadas. Rawls conclui que a concepção pública de justiça constitui a carta fundamental de uma associação humana bem ordenada.

Uma sociedade que se enquadre no conceito de sociedade bem ordenada por certo não se vislumbra concretamente, pois o que é justo e injusto está geralmente sob discussão em qualquer corpo social (RAWLS, 1997). Normalmente há discordância acerca dos termos que devem reger as associações humanas. Entrementes, a despeito das divergências, pode-se dizer que todo o indivíduo possui uma concepção do que seja justo que, ao menos em certa medida, acaba por coincidir com a noção geral da justiça, mesmo porque aberta a interpretação, levando a certo consenso.

Contudo, observa o autor que um consenso acerca da concepção de justiça não é o único pré-requisito para uma comunidade humana viável. Existem outros problemas sociais fundamentais, notadamente os de coordenação, eficiência e estabilidade (RAWLS, 1997). O primeiro diz respeito à convergência entre os planos dos indivíduos, que precisam ser compatíveis entre si e possíveis de realização sem a frustração de expectativas legítimas de outros indivíduos. O segundo diz com a consecução de fins sociais de forma eficiente e coerente com a concepção de justiça. O terceiro, por fim, relaciona-se à estabilidade do sistema de cooperação social, cujas regras básicas devem nortear o agir individual e, quando ocorrem violações, devem haver mecanismos de restabelecimento da ordem social.

Fixadas essas premissas, o autor desenvolve o tema acerca do objeto da justiça. Segundo discorre, a justiça é o objeto central de uma determinada sociedade. Portanto, concebe-a como o modo principal de as instituições sociais distribuírem os direitos e deveres fundamentais e dividirem as vantagens provenientes da cooperação social (RAWLS, 1997). Considera, nesse ínterim, “que uma das instituições mais importante é a constituição política, pois a partir dela que as outras instituições vão

construindo os arranjos sociais e políticos da sociedade.” (CRUZ, 2013, p. 22).

Nesse sentido: “As liberdades da sociedade são defendidas pela constituição, a qual é considerada a pedra angular de todas as instituições existentes, possibilitando aos seus cidadãos planejar seu bem-estar segundo a norma constitucional da sociedade.” (CRUZ, 2013, p. 22).

Rawls não descarta o fato de que, no momento da construção dessa constituição, nem todos os membros da sociedade estão em igualdade de condições para propor uma lei que possa beneficiar todo o corpo social, de maneira equitativa, e levanta o questionamento sobre qual seria a forma mais justa de determinar a divisão dos direitos e deveres desses cidadãos no momento da construção dessa constituição. Apesar disso, não apresenta solução para este problema, por considerá-lo questão complexa, à medida que cada povo tem seus hábitos e costumes, os quais são determinantes quanto forma de relacionamento entre seus membros, o que torna difícil precisar como os princípios de justiça surgem na humanidade (CRUZ, 2013).

Ele termina esse segundo tópico definindo o conceito de justiça como um conjunto de princípios correlacionados que objetiva identificar as considerações relevantes do equilíbrio entre os contratantes de uma sociedade bem ordenada. Ressalta que tal teoria não apresenta uma descrição comum desses princípios, mas é uma interpretação de certos princípios de distribuição das estruturas básicas da sociedade (CRUZ, 2013). Rawls conclui que o conceito de justiça tem como papel principal orientar como serão feitos a atribuição dos direitos e dos deveres, como também sua distribuição. Segundo Cruz (2013, p. 23), “esse é o método de análise construído por Rawls para medir a justiça em uma determinada sociedade, o qual se contrapõe ao pensamento utilitarista, de uma maneira especial contra ao pensamento de Stuart Mill.”

Em uma terceira parte, o autor apresenta a ideia principal da teoria da justiça, cujo objetivo, segundo o autor, é apresentar uma concepção da justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social. Para tanto, sugere que não se deve pensar no contrato original como aquele que inaugura uma sociedade em particular. O contrato social original deve ser concebido de forma abstrata, onde os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original (RAWLS, 1997). Por meio desse consenso, os contratantes (indivíduos) adotam princípios de justiça que atendam aos interesses comuns, aceitando uma posição de absoluta igualdade e liberdade como condição essencial para o surgimento dessa associação. A essa maneira de considerar os princípios da justiça Rawls denominou justiça como equidade.

Cruz (2013, p. 24) aponta que “a justiça como equidade em sua situação original de igualdade corresponde ao estado de natureza da teoria tradicional do contrato social.” Rawls salienta que essa situação original não se verifica na prática, mas somente como uma situação hipotética (RAWLS, 1997).

Explicitada a situação original que dá origem ao pacto social, Rawls avança em sua teoria concebendo a forma com que se escolhem os princípios de justiça. Segundo aduz, os princípios da justiça seriam escolhidos, legitimamente, em uma situação de absoluta igualdade, onde os indivíduos se encontram acobertados pelo que chama figurativamente de *véu da ignorância*, em uma *posição original*. A posição original, segundo o autor: “É o status quo inicial apropriado para assegurar que os consensos básicos nele estabelecidos sejam equitativos.” (RAWLS, 1997, p. 19).

Segundo essa concepção, aqueles que se comprometem na cooperação social, escolhem de maneira conjunta e em igualdade de condições, os princípios que irão reger suas relações enquanto corpo social, bem como a maneira pela qual serão divididos os ônus e as vantagens de

se conviver em sociedade. Seria a posição de absoluta igualdade, quando pessoas racionais nessa condição estabelecem os princípios básicos acerca da justiça. Trata-se, segundo o autor, de situação hipotética e não verificável na prática. Seria o parâmetro de análise das teorias da justiça. As concepções de justiça devem ser classificadas segundo sua aceitabilidade por pessoas nessa posição original (RAWLS, 1997).

Deve-se observar que a posição original não é uma condição real, empiricamente verificável, mas puramente hipotética, que poderia permitir se chegar a uma concepção do que seja justiça. Na condição proposta como posição original, as pessoas elegeriam os princípios que iriam regular as relações sociais em um estado de absoluta ignorância acerca de suas condições pessoais dentro do grupo. Significa não dispor de qualquer informação que possa gerar a disparidade entre os homens, de modo que passem a ser dirigidos pelos seus preconceitos. Isso porque o indivíduo nasce inevitavelmente inserido em um determinado contexto social, de modo que essa posição afeta em suas perspectivas de vida. Não estaria, portanto em condições de adotar princípios universais senão voltados aos seus particulares interesses. Sua posição com relação aos princípios adotados estaria viciada devido à sua posição social (RAWLS, 1997).

A justificativa para a posição original é a necessidade de definir quais princípios seriam racionalmente adotados dada a situação contratual (contrato social). Como em contextos diversos haveria por certo variação acerca dos princípios serem adotados, utiliza-se essa concepção hipotética da posição original. Assim, para elaborar uma concepção de justiça como equidade, o autor tem como etapa necessária a definição de que princípios seriam adotados nessa posição original. Segundo o autor, certos princípios de justiça se justificam porque foram aceitos consensualmente, numa situação inicial de igualdade (posição

original). A grande vantagem do consenso acerca dos princípios básicos de justiça é que representariam limitações autoimpostas (RAWLS, 1997).

A despeito da importância para a filosofia contemporânea, o próprio Rawls tem consciência das limitações de sua teoria, o que busca aprimorar em textos posteriores, a partir do diálogo crítico com autores diversos, cuja análise foge ao escopo deste trabalho.

Feita essa breve análise das construções argumentativas teóricas desenvolvidas por Rawls para criar sua teoria da justiça, pode-se avançar na compreensão da sua concepção de liberdade. O tema é desenvolvido no quarto capítulo da obra *Uma Teoria da Justiça*.

Rawls, a exemplo de Benjamin Constant (1819), tentou analisar a liberdade fazendo a distinção entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. Divergiu de Constant, contudo, ao considerar que ambas têm raízes nas aspirações humanas, como a liberdade de pensamento, liberdade de consciência, liberdade individual e liberdade civil (CRUZ, 2013). E ressalta que a liberdade civil não deve ser sacrificada em nome da liberdade política e da liberdade de participar das deliberações dos negócios públicos. Para resolver essa questão, faz-se necessária uma teoria do direito e da justiça (RAWLS, 1997).

Gondim (2010) afirma que tanto Rousseau como Locke influenciaram na construção da concepção de liberdade em Rawls. A influência rousseauiana na construção teórica da justiça como equidade, segundo Gondim, na qual o Estado deve agir com autonomia e com imparcialidade sem beneficiar ninguém, ou seja, para Gondim o liberalismo de Rawls tem inspirações da igualdade pensada por Rousseau, em que prevalece a vontade geral e a igualdade política para todos. Nesse ponto encontramos a liberdade igual a todos os cidadãos.

Em relação a Locke, Gondim (2010) diz que sua principal contribuição é o direito de resguardar o indivíduo dos abusos do poder estatal. Este direito tem como objetivo intervir no Estado a favor dos

interesses individuais. Pois, para Locke, o estado de natureza é uma situação de liberdade e igualdade, sendo a liberdade entendida como uma liberdade que não está sujeita à restrição e à violência por parte de outras pessoas a falta de uma instituição capaz de julgar as controvérsias que aparecem. Neste sentido, o estado civil aparece para sanar as inconveniências do estado de natureza e o Estado é uma instituição com o objetivo de possibilitar a convivência natural entre os homens, fazendo serem respeitadas as leis naturais. E dessa forma assegurando ao indivíduo o direito à vida, à liberdade e à propriedade privada.

Cruz (2013), aponta que após a breve discussão com alguns teóricos da Ciência Política e de tentar resolver a questão de Constant de como equilibrar a liberdade política com a liberdade individual, Rawls tenta explicar a concepção de liberdade por meio de três itens: os agentes que são livres; as restrições ou limitações dos que estão livres e aquilo que a liberdade tem para fazer ou não fazer. Assim, a descrição de liberdade assume a seguinte forma para o autor: esta ou aquela pessoa está livre ou não daquela restrição para fazer isto ou aquilo. Em suma, “ele vai considerar a liberdade em conexão com as limitações jurídicas e constitucionais, ou seja, a liberdade é determinada pelas estruturas institucionais inseridas no sistema de normas públicas que definem os direitos e deveres dos cidadãos.” (CRUZ, 2013, p. 55).

Rawls propõe, ainda, algumas explicações complementares em relação à liberdade: primeiro, deve-se avaliar os direitos fundamentais em seu conjunto como um sistema único. Segundo, uma vez já havendo tais direitos, é necessário saber se há condições razoáveis e favoráveis, de forma que estas possam ser simultaneamente asseguradas e os interesses fundamentais sejam protegidos (RAWLS, 1997). Nesse sentido, segundo Cruz (2013, p. 56), “no momento da elaboração de uma constituição, o delegado legislativo deve decidir como vai classificar e especificar essas liberdades, para produzir um melhor sistema de liberdade.” Terceiro,

para o melhor arranjo dos direitos fundamentais é preciso amparar essas diversas liberdades, de modo a limitar a totalidade, ou seja, uma liberdade fundamental garantida pelo próprio princípio só pode ser limitada pela própria liberdade (RAWLS, 1997).

Rawls faz ainda uma distinção entre o conceito de liberdade e o valor da liberdade. O primeiro é representado pelo sistema completo das liberdades e cidadania igual, enquanto o segundo é representado pelos diversos grupos de indivíduos do qual depende a capacidade de promover os próprios objetivos dentro da estrutura definida pelo sistema (RAWLS, 1997).

Rawls aduz que a liberdade como liberdade igual é a mesma para todos. No entanto, o problema é que não se pode compensar uma liberdade menor em detrimento de uma liberdade igual. Ele lembra que, embora a liberdade seja a mesma para todos, não é igual, pois têm alguns que possuem mais riqueza do que outros, ou seja, detêm mais recursos para conseguirem seus objetivos (RAWLS, 1997).

Gondim (2010) ressalta que a ênfase na liberdade individual e na igualdade de todos os cidadãos é vista nos dois princípios de justiça de Rawls. Assim, é possível dizer que a justiça como equidade rawlsiana efetua uma articulação entre a liberdade individual e a liberdade coletiva explicitamente contidas nas duas faculdades morais presentes na concepção de pessoa da teoria rawlsiana, isto é, na ideia de racionalidade e na concepção de razoabilidade.

5 CONCLUSÃO

Conforme se viu, para Locke (2001), a concepção de liberdade parte do direito natural que todo homem tem de ser proprietário de sua terra, pois considera a liberdade como um bem natural de cada indivíduo. A liberdade, para o autor, ao lado da igualdade é uma característica

inerente ao indivíduo ainda no seu estado pré-social ou pré-político. Locke designava simultaneamente a vida, a liberdade e os bens como direitos naturais do ser humano (VÁRNAGY, 2004). Liberdade e propriedade se haviam convertido em termos quase indissociáveis, abrangidos pelo conceito de propriedade.

Viu-se, entretanto, que, conforme identificado por Marx, a defesa da acumulação como compatível com o direito natural, no capítulo 5 do Segundo Tratado, representou uma forma de legitimar a desigualdade. Nada obstante, o pensamento de Locke contribuiu para a superação do Estado absolutista, segundo o qual o poder do monarca emanava de Deus, e no qual o indivíduo não era dotado de liberdade para escolher a forma de governo a que seria submetido. Conclui que o estado de natureza “é um estado de perfeita liberdade para regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado.” (LOCKE, 2001, p. 382).

Smith (2003, p. 6), por sua vez, substitui “o ‘desejo de glória’ – que coloca os homens em guerra fratricida em Hobbes – pelo ‘desejo do ganho’ – que acaba por instituir uma certa harmonia entre eles.” Conforme observado, para o autor a sociedade decorre de uma característica particular da natureza humana, consistente na tendência para “comerciar, barganhar e trocar uma coisa por outra.” (SMITH, 2003, p. 7). Essa propensão seria inerente ao ser humano e o conduz, de forma espontânea, a criar uma rede de relações sociais.

Smith considera que as leis econômicas representam a melhor forma de ordenar as relações entre os diferentes grupos, o que tem uma relevante consequência, já que se cogita um mundo ordenado onde necessariamente o indivíduo deve se comportar de forma adequada a esta ordem (BILBAO, 2000).

Nesse sentido, a liberdade individual, calcada na possibilidade de por meio do trabalho se tornar proprietário, representa a origem do

progresso e da felicidade social, a condição mesmo de uma sociedade ordenada. Contudo, a liberdade calcada nas leis de mercado se mostrou insuficiente à garantia da liberdade individual, à medida que a acumulação do capital se tornou uma poderosa ferramenta de dominação.

Rawls, ao seu turno, não pretendeu construir uma teoria da justiça para qualquer sociedade, mas uma capaz de expressar, com maior equilíbrio, certos valores consolidados na cultura ocidental moderna, especialmente a partir da reforma. Esses valores incluem tanto a igualdade quanto uma noção nova da liberdade individual (KUNTZ, 1997, p. 3).

Conforme apontado por Cruz (2013, p. 55) “ele vai considerar a liberdade em conexão com as limitações jurídicas e constitucionais, ou seja, a liberdade é determinada pelas estruturas institucionais inseridas no sistema de normas públicas que definem os direitos e deveres dos cidadãos.”

Conforme visto, Rawls (1997) propõe, ainda, algumas explicações complementares em relação à liberdade: primeiro, deve-se avaliar os direitos fundamentais em seu conjunto como um sistema único. Segundo, uma vez já havendo tais direitos, é necessário saber se há condições razoáveis e favoráveis, de forma que estas possam ser simultaneamente asseguradas e os interesses fundamentais sejam protegidos. Terceiro, para o melhor arranjo dos direitos fundamentais é preciso amparar essas diversas liberdades, de modo a limitar a totalidade, ou seja, uma liberdade fundamental garantida pelo próprio princípio só pode ser limitada pela própria liberdade (RAWLS, 1997). Nas exatas palavras do autor: “uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça maior.” (RAWLS, 1997, p. 4).

REFERÊNCIAS

ARCAYA, Óscar Godoy. Libertad Y Consentimiento en El Pensamiento Político de John Locke. *Revista de Ciencia Política*, Pontificia Universidad Católica de Chile, v. 24, n. 2, p. 159-182, 2004.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BILBAO, Andrés. Adam Smith: libertad individual y mercado. *Problemas del Desarrollo*, México: IIEc-UNAM, v. 31, n. 122, p. 129-150, jul./sept. 2000. Disponível em: <<http://www.ejournal.unam.mx/pde/pde122/PDE12206.pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAMPREGHER, Glaucia; LONGONI, Lucas Schönhofen. A natureza humana do comportamento individual nos primórdios do pensamento econômico: uma comparação entre Hume, Smith e Bentham. *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 26, n. 1, p. 111-139, abr. 2017.

CONSTANT, Benjamin. *Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*. Discurso pronunciado no Athénée royal de Paris, 1819. Tradução Loura Silveira. Paris: Le Livre de Poche, 1980. Tradução de: De la Liberté chez les Modernes. (Collection Pluriel). Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

CRUZ, Vicente Vagner. *A Concepção de Liberdade na Teoria da Justiça de John Rawls*. 2013. 127 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política)– Universidade Federal do Pará, Belém, 2013.

FERREIRA VICTOR, Sérgio Antônio. Liberalismo versus democracia: os conceitos de liberdade de Berlin e o diálogo entre Rawls e Habermas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1-18, jul./dez. 2011.

FULLER, Greice Patrícia. A contemporaneidade do pensamento de John Locke no contexto do século XXI. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*: RDCI, v. 12, n. 49, p. 139-144, out./dez. 2004.

GONDIM, Elnora. John Rawls: A liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos – pressupostos da justificação coerentista. *Revista Discusiones Filosóficas*, Manizales, Colômbia, a. 11, n. 17, p. 151-165, jul./dic. 2010.

KUNTZ, Rolf. Locke, liberdade, igualdade e propriedade. In: QUIRINO, Célia Galvão et al. *Clássicos do pensamento político*. São Paulo: Ed. USP, 1998. Disponível em: <www.iea.usp.br/artigos>. Acesso em: 14 jul. 2017.

LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. Tradução Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: MELLO, Leonel Itaussu Almeida. *Os Clássicos da Política*. São Paulo: Ática, 1993.

OTTESON, James R. Adam Smith y la Libertad. *Estudios Públicos Revista de Humanidades Y Ciencias Sociales*, n. 104, p. 51-88, primavera 2006.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SMITH, Adam. *Riqueza das Nações*. Tradução Norberto de Paula Lima. Rio de Janeiro: 2003.

VÁRNAGY, Tomás. O pensamento político de John Locke e o surgimento do liberalismo. In: VÁRNAGY, Tomás. *Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx*. Buenos Aires; São Pablo: CLACSO/DPC-FFLCH-USP, 2006. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/se/20100603074417/04_varnagy.pdf/>. Acesso em: 11 jul. 2017.

A RAZÃO PÚBLICA NA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Jeferson Osvaldo Vieira¹

I INTRODUÇÃO

Este artigo tem por escopo abordar uma das principais categorias da obra “O liberalismo Político”, publicada por John Rawls em 1993, que é a razão pública, ideia inserida para aperfeiçoar a teoria da justiça desenvolvida pelo filósofo americano. Para que a abordagem se torne inteligível, é imprescindível examinar as ideias essenciais de John Rawls na sua obra “Uma teoria da Justiça”, publicada em 1971, que é tida como uma das principais teorias de filosofia política do século XX, o que é feito na parte inicial da articulação.

Concebida para regular uma sociedade democrática bem ordenada, a teoria rawlsiana não ficou imune a críticas, especialmente em relação aos aspectos em que pressupunha uma sociedade ideal, utópica, formada por cidadãos desapercibidos de sentimentos negativos em relação aos semelhantes. Sua pretensão de incidência universalista também foi muito questionada nos diálogos com outros pensadores, assim como institutos que não ficaram bem esclarecidos.

¹ Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera; Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Juiz do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Ao apresentar “O Liberalismo Político”, Rawls reconhece a necessidade de clarear alguns pontos e recuar em algumas propostas, especialmente no que concerne à abrangência de sua teoria, a fim de aproximá-la da realidade da sociedade democrática contemporânea, cujos integrantes são agentes racionais, livres e iguais, que interagem politicamente, e que sobretudo são guiados por valores os mais diversos e que, embora razoáveis, são em muitos aspectos totalmente inconciliáveis.

A razão pública é indubitavelmente um dos mais importantes mecanismos encontrados por Rawls para tornar sua teoria mais palpável e no enfoque principal deste artigo procurar-se-á expor em que ela consiste, de que modo opera e em que situações deve ser aplicada, além das dificuldades que pode despertar.

2 IDEIAS FUNDAMENTAIS DA TEORIA DA JUSTIÇA, DE JOHN RAWLS

A proposta de uma teoria da justiça que John Rawls apresenta tem o escopo de ordenar toda a estrutura básica da sociedade, de modo a viabilizar o alcance do maior nível de igualdade entre as pessoas. É concebida para ser aplicada numa sociedade democrática, formada por pessoas livres e racionais, e que é entendida como um empreendimento cooperativo, no qual a atuação dos indivíduos é orientada para melhorar a vida de todos, na premissa de que é mais fácil obter esse propósito coletivamente que individualmente, isto é, se cada um dependesse exclusivamente de seus esforços. Supõe-se então que há essa afinidade de interesses, mas, ao mesmo tempo, uma divergência de interesses, na lógica de que cada qual visa obter para si a maior parcela dos benefícios que o empreendimento social proporciona (RAWLS, 2016b).

Rawls também atribui duas capacidades importantes aos membros da sociedade democrática, quais sejam, a capacidade de ter um

senso de justiça e de ter uma concepção do bem. Descreve que o senso de justiça é o compromisso de agir em total vinculação aos princípios de justiça, enquanto que a capacidade de ter uma concepção do bem é a de buscar “um esquema mais ou menos determinado de fins últimos, isto é, fins que desejamos realizar por eles próprios, bem como ligações com outras pessoas e lealdades a vários grupos e associações.” (RAWLS, 1992, p. 5).

A teorização convive com a ideia de que o fato de a sociedade ser um sistema de cooperação entre os homens, que propicia o crescimento de todos de forma mais ampla que seria se cada qual empreendesse sozinho, não afasta a lógica de que cada qual almeja maiores benefícios para si, especialmente porque cada indivíduo tem sua própria concepção do bem, que define seu particular projeto de vida. E é exatamente essa diversidade na concepção do bem de cada homem que faz com que haja a disputa pelos recursos naturais e sociais, em relação aos quais há uma “escassez moderada” – estão disponíveis, mas não de forma a satisfazer o coletivo de uma forma ampla. Inclusive, destaca a noção de que se houvesse abundância não haveria necessidade da sociedade enquanto esquema de cooperação mútua (RAWLS, 2016b).

Rawls também reconhece que a situação de bem-estar de cada indivíduo – assim entendida como maior ou menor grau de acesso aos benefícios da vida social – decorre muitas vezes não do mérito pessoal, mas sim de fatores aleatórios dos quais ninguém é merecedor, como o núcleo familiar em que nasceu e os talentos com que foi dotado (RAWLS, 2016b). Uma pessoa dotada de maior inteligência ou força tem mais habilidade para alcançar os benefícios, assim como aquela que nasceu em família melhor estruturada, que poderá lhe oferecer uma melhor condição educacional e de preparação. Em decorrência disso, cada indivíduo anseia que as instituições sociais funcionem de maneira a manter e ampliar seu *status*. Quando faz suas escolhas entre o justo e o injusto na sociedade,

invariavelmente segue essa tendência de buscar benefício próprio. Um homem rico defende ser injusto um tributo criado para subsidiar benefícios sociais, ao passo que um homem pobre reivindica o oposto (RAWLS, 2016b).

Com a preocupação de encontrar uma solução a esse divisionismo e que anule esses benefícios concedidos pela dotação natural, Rawls firma como premissa de uma sociedade igualitária que cada indivíduo escolha os critérios de funcionamento da estrutura social a partir de uma situação hipotética em que desconheça sua particular situação de vantagem ou desvantagem em relação aos demais, olvide esses fatores de sorte que impulsionam e repercutem em toda sua vida. Mais que isso: desconheça seus próprios projetos de vida, suas tendências psicológicas (como apreço ou aversão ao risco, otimismo ou pessimismo), a geração a que pertence e tampouco as circunstâncias da sociedade em que vive, como grau de desenvolvimento cultural, econômico e político. Sugere que cada indivíduo deve fazer suas escolhas sobre os princípios que devem reger a sociedade por detrás de um *véu de ignorância*, que lhe tolhe as preferências por aquilo que privilegie sua condição pessoal, reduzindo todos a uma situação de igualdade no momento de definição da regulação da sociedade (RAWLS, 2016b). Daí advém, inclusive, o batismo de sua teoria – “justiça como equidade” – pois os princípios que disciplinam a sociedade são escolhidos em uma situação inicial que é equitativa (RAWLS, 2016b). Cada parte ignoraria também a situação dos demais e disporia apenas de informações gerais, como teorias gerais de organização política e econômica e leis da psicologia humana (RAWLS, 2016b).

O véu da ignorância acabaria então por conduzir às partes à *posição original*, entendida como um estado hipotético, um exercício de representação, em que todos os homens estão em situação de igualdade, cada qual em relação absolutamente simétrica com os demais, justamente

porque cada um desconhece sua própria concepção do bem e os fatores pessoais que, caso sabidos, os levariam a escolher os princípios que mais lhe favorecessem. Não se trata de uma assembleia universal de pessoas mas, refri-se, um exercício mental, ao qual se pode retornar a qualquer momento (RAWLS, 2016b).

Nessa arena igualitária, os homens apresentariam aos demais as propostas – e argumentos para sua aceitação – e numa análise razoável e reflexiva, em que todos estão inscientes das vantagens e desvantagens deferidas pelas contingências naturais e sociais, escolheriam os princípios basilares de uma concepção de justiça. Não há na posição original uma redoma de cegueira completa, em que os destinos são tomados por adivinhações. As opções são feitas com base na racionalidade, pois o conhecimento genérico permite que cada qual proponha aquilo que presumivelmente lhe conceda mais bens primários sociais (direitos, liberdades e oportunidades, renda e riqueza), e assim lhe facilite realizar sua própria concepção do bem, ainda que desconhecendo qual seja ela (RAWLS, 2016b). O que for unanimemente acordado seria o parâmetro definidor de todas as instituições subsequentes, como a constituição, legislatura e demais organismos sociais, que com fidelidade a eles seriam construídos. A todas essas instituições os homens resultariam subordinados voluntariamente e prestariam estrita obediência, cumprindo cada qual suas obrigações exatamente porque definidas e aceitas num espaço de plena igualdade.

Esse ambiente neutro propiciado pela posição original permitiria às pessoas emitir juízos ponderados, isto é, julgamentos em condições ideais ao exercício do senso de justiça, à margem de influências de sentimentos como medo, raiva e revanchismo, que conduzem a juízos falhos. Não obstante essa condição favorável, haveria a probabilidade de falhas e distorções nos juízos ponderados. Mas essa dificuldade seria superada porque os princípios de justiça seriam então acordados

por meio de juízos em *equilíbrio reflexivo*, isto é, aquele em que cada pessoa, para formação de suas convicções de justiça, cotejaria os valores alheios com os próprios. Rawls explica que cada pessoa teria premissas provisórias, em cuja correção depositaria maior confiança, como a injustiça da intolerância religiosa e da discriminação racial. Porém, não teria tanta certeza sobre outras, como o modo de distribuição de riqueza e autoridade. Deparada aos juízos alheios, cada pessoa reafirmaria suas convicções provisórias iniciais ou as reformularia, caso nelas percebesse imperfeição, aderindo à proposta melhor elaborada (RAWLS, 2016b). Ou seja, havendo juízos morais concordantes, como é provável no que tange ao repúdio à escravidão, a percepção individual seria mantida. Mas no caso de divergência sobre as formas de acesso a cargos públicos, a pessoa revisitaria seus conceitos, para reafirmá-los ou reconsiderá-los. Rawls explica que “é equilíbrio porque finalmente nossos princípios e juízos coincidem; é reflexivo porque sabemos a quais princípios nossos juízos se adaptam e conhecemos as premissas que lhes deram origem.” (RAWLS, 2016b, p. 25). Na leitura de Denis Coitinho Silveira (2009, p. 143), “o equilíbrio reflexivo significa um estado de coisas em que é possível perceber avanços e recuos, pois em alguns casos é necessário alterar as condições iniciais do contrato, outras vezes é imperativa a modificação dos juízos morais para acordarem com os princípios.”

A escolha desses princípios deve ser feita para aplicação à estrutura básica da sociedade, que é, para Rawls, o objeto da teoria da justiça. Segundo o filósofo (2016b, p. 8), “Para nós, o objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou, mais precisamente, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social.” Esclarece que entende por instituições mais importantes a constituição política e os principais arranjos econômicos e sociais, pois constituem o arcabouço que delimita os direitos e deveres das

peças e molda aquilo que são e o que podem vir a ser. Fica claro então que, para ele, a justiça social deve envolver os meios de empreendedorismo e oportunidades econômicas, como articuladores da divisão dos benefícios sociais. Porém, Rawls admite que não é tarefa simples precisar com exatidão quais são tais instituições e em quais aspectos dela os princípios devem incidir (RAWLS, 2016b).

É oportuno destacar que Rawls delimita sua teorização a uma sociedade democrática fechada, alheia a sociedades externas, isto é, desprendida das relações internacionais e que é definida como uma sociedade “bem ordenada”, que é, como já dito, formada por pessoas razoáveis e justas, além de comprometidas com a manutenção de instituições justas (RAWLS, 2016b). Sobretudo essa última limitação é essencial para a compreensão do pensamento de Rawls.

Ainda, no artigo que escreveu em 1985, denominado “Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica”, no qual visou esclarecer alguns pontos de sua teoria, Rawls explicou que por ser concebida para uma sociedade democrática, ela parte da premissa de que a sociedade é formada por pessoas livres e iguais. Eis o que disse a respeito:

Dado que nosso ponto de partida é a tradição de pensamento democrático, também pensamos que os cidadãos são pessoas livres e iguais. A ideia intuitiva básica é a de que, em virtude do que podemos chamar suas capacidades morais, e das capacidades da razão – o pensamento e o juízo, associados a essas capacidades – dizemos que as pessoas são livres. E em virtude de possuírem essas capacidades em grau necessário a que sejam membros plenamente cooperativos da sociedade, dizemos que as pessoas são iguais. (RAWLS, 1992, p. 5).

Uma sociedade formada por pessoas com tais características constituiria uma sociedade bem-ordenada, na qual “todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e as instituições sociais básicas atendem e se sabe que atendem a esses princípios.” (RAWLS, 2016b, p. 560).

2.1 OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA

Os princípios que compõem a concepção de justiça formulada por Rawls devem compreender, segundo sustenta, a atribuição de direitos e deveres na estrutura básica da sociedade e disciplinar a adequada distribuição dos benefícios e onerações da vida social (RAWLS, 2016b). A especificação de tais princípios da justiça na teoria de Rawls é feita de forma cuidadosa, com minudente exposição dos argumentos, de modo que os conceitos recebem aperfeiçoamento na medida em que seus reflexos são discutidos. Afinal, são eles que irão guiar a divisão de vantagens sociais, de modo a torná-la o mais equânime possível. São dois os princípios que cumprem esse mister, e que ao final da “Teoria da Justiça” são assim delineados:

Primeiro princípio.

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

Segundo princípio.

As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto:

- (a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como
- (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. (RAWLS, 2016b, p. 376).

Tem-se então que o primeiro princípio é destinado a assegurar as liberdades fundamentais do homem, as quais, segundo o autor, devem ter como reserva mínima a liberdade política (voto e exercício de cargo público), liberdade de expressão e reunião, liberdade de consciência e pensamento, liberdade individual (proteção da integridade física e psicológica), direito à propriedade e proteção contra prisão e

detenção arbitrárias (RAWLS, 2016b). O autor reconhece que é difícil, senão impossível, estabelecer um catálogo exaustivo de tais liberdades em termos abstratos, em descompasso com as circunstâncias sociais, econômicas e tecnológicas de cada sociedade (RAWLS, 2016b) – e recorde-se que a teoria é proposta para uma sociedade hermética, no que se mostram irrelevantes as peculiaridades das demais.

Já o segundo princípio – “princípio de diferença” – é voltado à regulação da distribuição de renda e riqueza e, nesse aspecto, é destacado que não se exige igualdade na divisão, mas sim que seja vantajosa para todos, ou seja, não há censura em A ter menos que B, desde que o maior aquinhoamento de B proporcione melhoria na condição de A. Outrossim, todos devem ter igual possibilidade de acesso aos cargos públicos.

Ao justificar a escolha desses dois princípios, Rawls argumenta que, considerada a situação de simetria entre as pessoas na posição original, é intuitivo que fariam opção por igualdade na definição das liberdades fundamentais, igualdade de oportunidades e divisão igualitária de renda e riqueza (RAWLS, 2016b). Ademais, na premissa de que as partes seriam mutuamente desinteressadas na situação alheia e não agiriam imbuídas de sentimentos como inveja, aceitariam eventuais desigualdades em favor de alguns, desde que resultassem numa melhoria para todos. Assevera também que a escolha dos princípios sofreria influência da regra *maximin* (derivada de *maximun minimorum*), princípio segundo o qual, numa situação de incerteza, a escolha seria orientada pela análise dos piores cenários possíveis, com opção por aquele que se mostrasse menos danoso (RAWLS, 2016b). Assim, na perspectiva de cada um de que sua posição na sociedade possa ser dentre os menos favorecidos, elege um princípio que prestigie esse grupo. E há consenso sobre isso, pois todos estão ofuscados pelo véu da ignorância. Daí a regra de que as desigualdades se estabeleçam “para o máximo benefício possível dos menos favorecidos.”

O temperamento ao segundo princípio relacionado à regra da “poupança justa” guarda relação com o dever de cada sociedade perante as gerações futuras. Rawls apregoa que “cada geração deve, além de preservar os ganhos em cultura e civilização e manter intactas as instituições justas que foram estabelecidas, também poupar a cada período de tempo um montante adequado de capital real.” (RAWLS, 2016b, p. 356). Esclarece que essa reserva pode ser feita de vários modos, como investimento líquido em máquinas e outros meios de produção e investimento na educação, e que a “taxa de poupança” varia de acordo com o grau de desenvolvimento de cada geração, de modo a ir paulatinamente aumentando, até que, chegado um estágio em que as instituições estiverem bem estabelecidas e garantidas todas as liberdades fundamentais, a acumulação líquida se torne desnecessária. “Nesse ponto, a sociedade cumpre seu dever de justiça ao manter instituições justas e preservar sua base material.” (RAWLS, 2016b, p. 360). Embora reconheça ser difícil delimitar qual é a taxa, orienta que deve ser fixada entre aquilo que a cada geração pareça ser razoável reivindicar da anterior e esteja disposta a guardar para a sucessora, encontrando assim uma estimativa que se afigure equitativa. Mas ressalta que o objetivo da poupança é a realização plena de instituições justas e das liberdades iguais. “A justiça não exige que as gerações anteriores poupem para que as posteriores sejam meramente mais ricas.” (RAWLS, 2016b, p. 363).

Um contorno muito importante da teoria da justiça de Rawls é a prioridade do primeiro princípio sobre o segundo. Nesse particular, acentua-se que jamais pode ser tolerada a violação de alguma liberdade escudada no primeiro princípio para dar primazia a algo compreendido no segundo, ou em nome de significativa compensação no âmbito da distribuição de vantagens sociais e econômicas, como ocorreria, numa hipótese cogitada, de redução da liberdade de consciência, expressão e voto do homem em conseqüência à destinação de subvenções patrimoniais.

Determinada liberdade amparada no primeiro princípio somente pode ceder na tensão com outra que seja também por ele garantida, visto que se reconhece que nenhuma delas é absoluta (RAWLS, 2016b). Não havendo entrechoque com outra, a liberdade deve ser fixada o mais amplamente possível. Preconiza-se então uma primazia das liberdades fundamentais sobre os benefícios econômicos e sociais.

Rawls estabelece que os princípios elencados constituem uma concepção geral de justiça que pode se enunciar da seguinte forma: “Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais do autorrespeito – devem ser distribuídos de forma igual, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores seja vantajosa para todos.” (RAWLS, 2016b, p. 75).

Rawls esmiúça essa asserção numa análise hipotética da distribuição de certos bens primários que dada sociedade pode oferecer, como direitos, liberdades e oportunidades, renda e riqueza. Assinala que não há prejuízo no estabelecimento de diferenças na repartição de riquezas e de cargos de autoridade, caso tal formatação importe melhoria para todos.

Tem-se assim que a concepção geral de justiça é relacionada à distribuição dos *bens primários*, outra categoria importante na teorização rawlsiana. Segundo Rawls, bens primários são “coisas que se presume que um indivíduo racional deseje, não importando o que ele mais deseje. Sejam quais forem as minúcias dos planos racionais de um indivíduo, presume-se que há várias coisas que ele preferiria ter mais a ter menos” (2016b, p. 110). De maneira ampla, tais bens são elencados como direitos, liberdades e oportunidades, renda e riqueza e respeito próprio.

2.2 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS – SEQUÊNCIA DE QUATRO ESTÁGIOS

Após especificar quais seriam os princípios da justiça a que as partes invariavelmente chegariam a partir da posição original, sob as restrições do véu da ignorância e no exercício de juízo em equilíbrio reflexivo, Rawls assinala de que forma os princípios seriam aplicados pelas partes no seu retorno à sociedade, quando passariam a defender suas postulações. Nessa vereda, apresenta uma sequência de quatro estágios, cada qual com um diferente prisma de visão e temática a ser enfrentada.

Vencida a primeira etapa – a formulação dos princípios na posição original – iniciar-se-ia a escolha da constituição política, à qual cabe definir os poderes de governo e os direitos fundamentais dos cidadãos. Nesta fase, o véu da ignorância é parcialmente retirado. As partes ainda não conhecem as peculiaridades próprias e alheias, o lugar de cada qual na sociedade, mas detém informação sobre o funcionamento da sociedade, como o grau de evolução cultural e política e quais são os recursos naturais apropriáveis. Cumpre-lhes então, com obediência estrita aos princípios de justiça, delinear a constituição mais justa e eficaz para albergar o arcabouço legislativo. É essencial que sejam asseguradas liberdades de cidadania e a igualdade de direitos políticos, bem como que seja fundado um processo legislativo apto a produzir uma ordem jurídica justa (RAWLS, 2016b).

A terceira fase consiste no estágio legislativo, no qual se avaliam a justiça das leis e das políticas públicas, com vinculação aos princípios gerais da justiça e aos ditames da constituição. As partes ainda ignoram as características próprias, mas conhecem os fatos sociais e econômicos de caráter geral. Enquanto na fase anterior havia o dirigismo do primeiro princípio, aqui opera com ênfase o segundo, a fim de promover políticas

sociais e econômicas que possam dar maior progresso aos menos favorecidos (RAWLS, 2016b).

A etapa final é representada pela efetiva aplicação das normas pelos administradores e juízes e a respectiva obediência pelos cidadãos. O véu da ignorância é totalmente retirado, de modo que todos os atores gozam de plena informação sobre as circunstâncias próprias e alheias. Cada pessoa conhece suas aspirações pessoais (concepção do bem), sua posição na sociedade e as habilidades de que está munido. Não obstante, o proceder de cada indivíduo continua vinculado à concepção pública de justiça (RAWLS, 2016b).

É importante lembrar que a proposta de Rawls não é refundar uma nova ordem social. Na conclusão de Pansieri (2016, p. 196),

o intento de Rawls com a sua teoria da justiça não está na fundação de uma sociedade, em harmonia ao programa contratualista clássico, mas reformular as sociedades democráticas já existentes [...] pela decantação das instituições aos princípios de justiça escolhidos pelos membros da comunidade.

3 A RAZÃO PÚBLICA NO LIBERALISMO POLÍTICO DE RAWLS

Ao publicar o Liberalismo Político, em 1993, Rawls buscou rebater algumas críticas e esclarecer aspectos de sua Teoria da Justiça, além de revisar alguns institutos que, segundo ele próprio admitiu, são irrealistas, como a existência de uma sociedade bem-ordenada, na qual todos comungam os mesmos princípios, como se os membros não fossem guiados por doutrinas abrangentes, isto é, ideologicamente diferentes, que embora razoáveis, podem ser incompatíveis entre si (RAWLS, 2016a). Já na introdução, adverte que o objetivo do Liberalismo Político é “mostrar que a ideia de sociedade bem ordenada apresentada em Teoria pode ser reformulada de modo que leve em conta o fato do pluralismo

razoável.” (RAWLS, 2016a, p. 46). Para tal escopo, afirma que a doutrina da justiça como equidade deve ser convertida em *uma concepção política de justiça*, também aplicável à estrutura básica da sociedade, sem, contudo, qualquer alteração nos dois princípios da justiça e na ideia de estrutura básica da sociedade. Para moldar sua teoria ao pluralismo razoável, Rawls introduz as ideias de consenso sobreposto e razão pública, esta que nos interessa neste estudo. Conforme explica Feldens (2016, p. 63):

Dessa forma, John Rawls recua de sua ambição universalista de aplicação de seus princípios de justiça, pois isso se tornaria incompatível com o próprio liberalismo. Não é possível chegar a um consenso em uma sociedade liberal, caracterizada pela pluralidade de convicções, sem recorrer à intervenção da força autoritária estatal, o que significaria que essa sociedade deixaria de ser liberal.

Ao promover essa reorganização na sua teoria, Rawls inclui a ideia de razão pública, não sem antes destacar que todo agente atuante numa sociedade política, seja um homem razoável e racional, uma família, uma associação ou confederação, ao construir planos, ordenar prioridades e tomar decisões em conformidade com tais planos e prioridades, age por meio daquilo que denomina razão, que pode ser pública ou não-pública (RAWLS, 2016a).

Rawls define a razão pública como o instituto pelo qual o cidadão, ao exercer seu poder político em relação às questões fundamentais, deve fazê-lo com base em razões fundadas em valores estritamente políticos, nos quais pode sinceramente acreditar que outros cidadãos razoáveis aceitariam. Na leitura de Patterson (2004, p. 718):

This requirement, which Rawls calls the ‘idea of public reason’, provides that people should exercise political power in relation to certain issues (e.g. when publicly discussing or voting in relation to fundamental issues of justice) only when they sincerely and reasonably believe that the reasons they offer for their political actions are sufficient and capable of reasonably being accepted by other citizens. In other words, the idea of public reason establishes a way of reasoning in public about public issues of importance that citizens and authorities are to abide by and is

distinct from other non-public ways of reasoning such as that adopted by churches, universities and other associations belonging to the background culture of society.

Assim, a razão pública é aquela formulada de acordo com a concepção política de justiça, empregada por cidadãos iguais que, “como um corpo coletivo, exercem poder político supremo e coercitivo uns sobre os outros ao aprovar leis e emendar sua Constituição.” (RAWLS, 2016a, p. 252). Na razão pública, não se consideram concepções individuais de índole filosófica e religiosa e há um nítido caráter de reciprocidade.

Rawls distingue a razão pública da razão não pública, que é aquela que rege igrejas, universidades e, de modo geral, as associações da sociedade civil. Quando determinada igreja qualifica como heresia determinada conduta que seus princípios abominam, exerce uma razão não pública; ainda que seus fiéis aceitem consensualmente a proibição, no uso de sua liberdade de consciência e fé, é uma norma que só vale internamente e que pode ser abandonada caso se decida sair da igreja, sem que isso implique violação legal. Diferentemente, salvo se optarmos pela grave decisão de abandonar o país, não podemos nos exonerar do poder político do Estado, daí a necessidade de que nas relações públicas sejam empregadas razões sobre as quais o indivíduo possa ter expectativa de aceitação pelos demais (RAWLS, 2016a).

Contudo, Rawls adverte que, por se tratar de uma concepção política de justiça, sua incidência é restrita à estrutura básica da sociedade, suas principais instituições políticas, sociais e econômicas, bem como que é ordenada exclusivamente por valores inseridos na cultura pública política da sociedade democrática, ao largo de influência de doutrinas religiosas ou filosóficas abrangentes (RAWLS, 2016a). Por cultura pública política da sociedade civil, entende-se as instituições políticas de um regime constitucional e as tradições públicas de sua interpretação, inclusive pelo Judiciário, em contraposição à “cultura de fundo” da sociedade, que

abrange todas as doutrinas abrangentes, religiosas, filosóficas e morais (RAWLS, 2016a).

Acrescenta que uma tal concepção de justiça não se basta somente com princípios de justiça, mas exige diretrizes de indagação “que especifiquem formas de argumentação e critérios para os tipos de informação que são pertinentes às questões políticas.” (RAWLS, 2016a, p. 264).

O Liberalismo Político ressalva, portanto, que os limites impostos pela razão pública não devem orientar as decisões sobre toda e qualquer questão política, mas somente recair nas matérias mais fundamentais, que são os elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça básica. Objeta ainda que a razão pública não deve pautar discussões envolvendo o âmbito de associações, igrejas e universidades, mas sim permear os debates que ocorrem no fórum público. Tal espaço, segundo o filósofo, compreende as campanhas eleitorais, tanto por parte dos partidos e candidatos que disputam eleições, como pelos eleitores que exercem o sufrágio; aqueles, ao formularem seus programas e projetos de governo e estes ao procederem à escolha, notadamente quando em jogo questões fundamentais. Enfatiza, outrossim, que o ideal de razão pública é essencialmente aplicável aos fóruns oficiais, isto é, ao Legislativo, nas manifestações de seus membros no plenário do parlamento; ao Executivo, em seus atos e pronunciamentos dos mandatários; e ao Judiciário, ao fundamentar suas decisões, especialmente no caso da suprema corte, ao exercer controle de constitucionalidade das leis (RAWLS, 2016a).

Pode-se constatar que o Liberalismo Político preconiza que, ao tratar das questões políticas fundamentais nos espaços próprios, o cidadão, o aspirante a mandato e especialmente os ocupantes de cargos públicos devem proceder exclusivamente com base em razões que sejam capazes de explicar perante os demais e em relação às quais possam ter a expectativa de serem aceitas por outros cidadãos igualmente racionais

e razoáveis, por não as reputarem nocivas à sua liberdade e igualdade. Há nisso um dever de civilidade, moral, não legal. Isso porque todos convivem na estrutura básica de uma sociedade da qual em regra não se distanciarão ao longo de suas vidas e que, por ser democrática, exige que as decisões políticas, impostas pelos cidadãos livres e iguais que estejam no corpo diretivo, e que são coercitivas, devem gozar de legitimidade. Na conclusão de Rawls, esses ideais somente podem ser atendidos quando as decisões políticas são tomadas em consonância com uma Constituição cujo núcleo mais importante se pode supor que todos os cidadãos endossem, e que, consoante já visto, é elaborada sob a luz dos princípios da justiça.

Assim, razões particulares decorrentes de ideologias filosóficas e religiosas e que constituem a “verdade toda” de cada cidadão não devem ser invocadas nos fóruns públicos para tratar de questões fundamentais. Crenças como a de que o relacionamento sexual é reservado para pessoas vinculadas pelo matrimônio jamais devem orientar a definição de políticas públicas voltadas à educação sexual, controle de natalidade etc. O Liberalismo Político sustenta que não há paradoxo nisso, pois em diversas questões sociais é consenso que a “verdade toda” não deve ser utilizada, ainda que acessível, em prol de valores maiores, como a garantia de direitos ou a primazia de algum bem ideal. Exemplifica com o que ocorre num processo criminal, em que se desprezam provas obtidas arbitrariamente, por meio de abusos ou sem que os réus sejam informados de seus direitos, ou quando sejam forçados a produzir prova contra si. (RAWLS, 2016a). Em casos desse gênero, se despreza a verdade real para dar primazia a valores intransigíveis, assim como ocorre quando se dispensa um cônjuge de testemunhar contra outro, pois se considera que os laços afetivos e o liame familiar são bens mais importantes que a descoberta da verdade no processo judicial.

3.1 ELEMENTOS CONSTITUCIONAIS ESSENCIAIS

Os elementos constitucionais essenciais constituem um núcleo de princípios em relação aos quais, com maior ênfase, deve ser aplicada a razão pública. Rawls os elenca da seguinte forma:

- 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 as liberdades fundamentais e iguais da cidadania que as maiorias legislativas estão obrigadas a respeitar, tais como o direito de voto e de participação na política, a liberdade de consciência, de pensamento e de associação, assim como as garantias do Estado de Direito. (RAWLS, 2016a, p. 268).

Pode-se perceber que os elementos constitucionais essenciais correspondem à estrutura básica da sociedade, que é o objeto dos princípios da justiça formulados em TJ, de modo que, no mister de definir quais são os princípios que definem a estrutura geral do Estado, processo político e prerrogativas dos poderes, os cidadãos devem prestar obediência aos princípios formulados na posição original e também observar a razão pública, desprezando doutrinas pessoais abrangentes. Sustenta o filósofo que “Na justiça como equidade, por conseguinte, as diretrizes da razão pública e os princípios de justiça têm essencialmente os mesmos fundamentos. São partes complementares de um único acordo.” (RAWLS, 2016a, p. 266).

Imperioso ressaltar que para a justiça como equidade, que pressupõe uma sociedade democrática, tanto é válida a escolha dos cidadãos por um sistema presidencialista ou parlamentarista. O importante apenas é que, definido qual o sistema político, subsista certa estabilidade, evitando-se alterações impulsionadas por maiorias políticas transitórias, que podem colocar em risco o governo constitucional. Eventual mudança só pode ocorrer caso sobrepujada por exigência da justiça política ou

do bem comum. Diferentemente, os direitos e liberdades elencados no segundo grupo de princípios encontram especificação semelhante, qualquer que seja o regime adotado (RAWLS, 2016a).

Rawls ainda chama a atenção para o fato de que nem tudo que é preconizado pelo princípio da diferença é caracterizado como elemento constitucional essencial. Apregoa que “embora um mínimo essencial que atenda às necessidades básicas de todos os cidadãos também seja um elemento constitucional essencial, aquilo que denominei ‘princípio da diferença’ exige muito mais do que isso e não constitui um elemento constitucional essencial.” (RAWLS, 2016a, p. 270).

3.2 A POSIÇÃO DA SUPREMA CORTE EM RELAÇÃO À RAZÃO PÚBLICA

Rawls atribui à Suprema Corte um papel destacado no que tange à razão pública, por dois motivos principais, quais sejam, por ser o órgão que por último interpreta a constituição e por ter a condição de ser um exemplo institucional de razão pública (RAWLS, 2016a). Para esclarecer a afirmação, traz à baila cinco princípios do constitucionalismo: distinção entre o poder constituinte do povo para romper a antiga e fundar uma nova ordem constitucional, em contraponto ao poder comum dos poderes constituídos; supremacia da lei constitucional em relação à lei ordinária, como produto da atuação do legislador derivado; a constituição democrática alberga a soberania e autogoverno do povo e princípios voltados à promoção do bem estar social; através da carta de direitos inserida na constituição, os cidadãos estabelecem os elementos constitucionais essenciais e asseguram sua liberdade e independência; não há na estrutura constitucional uma supremacia de um poder sobre

outro, mas sim uma divisão entre todos, que são responsáveis perante o povo (RAWLS, 2016a).

Com isso, Rawls conclui que a democracia constitucional é dualista, ante a dicotomia entre poder constituinte *versus* poder ordinário e lei constitucional *versus* lei ordinária, inserindo a suprema corte nessa concepção em razão de seu papel de garantidora da supremacia da lei maior, no exercício do controle de constitucionalidade inerente ao estado democrático (RAWLS, 2016a). Não há assim uma supremacia do poder legislativo, no sentido de poder a qualquer momento moldar os valores políticos da nação, e Rawls sustenta que a suprema corte, ao exercer a função de controle de constitucionalidade, não é antidemocrática, não obstante se sobreponha ao parlamento. Ainda que seja antimajoritária, no sentido de contrariar a vontade da força política transitoriamente dominante, continua democrática, pois respaldada pela autoridade mais alta investida pelo povo, isto é, o poder constituinte originário, especialmente quando a interpretação que proferir seja fundada na razão pública (RAWLS, 2016a).

No que tange ao papel da suprema corte de servir como exemplo institucional da razão pública, Rawls argumenta que isso ocorre porque ao tomar quaisquer decisões, os juízes devem vincular seus fundamentos à razão pública. Diferentemente dos legisladores e dos cidadãos que, quando votam, ainda que sobre elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica, não precisam expor suas justificativas e por isso podem levar em conta suas doutrinas abrangentes, os juízes devem fundamentar suas decisões com base na concepção política de justiça, sem influência de suas ideologias filosóficas, religiosas e morais. Devem adotar entendimentos que, conforme o dever de civilidade, se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos racionais recepcionem (RAWLS, 2016a).

O Liberalismo Político assinala ainda a função pedagógica que a suprema corte exerce, já que invariavelmente é o estuário de discussão sobre questões políticas fundamentais, que suscitam grandes controvérsias. Ao interpretar a constituição no fórum público de maneira razoável e em consonância com os princípios da justiça e a razão pública, a suprema corte ocupa uma posição proeminente, educando os cidadãos a observar tais valores (RAWLS, 2016a).

3.3 DIFICULDADES E LIMITES PARA A APLICAÇÃO DA RAZÃO PÚBLICA

A teoria Rawlsiana reconhece que a concepção política de justiça que oferece não é capaz de apresentar solução razoável para todas as questões políticas fundamentais, conforme ambiciona, pois os atores no fórum público podem agir, com frequência, imbuídos pela razão pública mas com valores políticos distintos e não conciliáveis. Não obstante, sustenta que mesmo nesses casos, os envolvidos no trato de elementos constitucionais essenciais e de justiça básica não devem recorrer a valores não políticos para encontrar soluções, e orienta:

É inevitável e muitas vezes desejável que os cidadãos tenham visões diferentes acerca de qual é a concepção política mais apropriada, pois a cultura política pública certamente conterà muitas ideias fundamentais distintas. Um debate ordenado entre essas diferentes visões, ao longo do tempo, constitui um método confiável para descobrir qual delas é a mais razoável, se é que alguma delas o é. (RAWLS, 2016a, p. 268).

É importante compreender, portanto, que o ideal de razão pública estimulado pela teoria não fracassa pela inexistência de consenso em torno de alguma questão, dado que aceita a convivência de valores políticos distintos. O que persegue é que as decisões tomadas naquilo que lhe compete sejam orientadas pela razão pública pois, neste caso,

o dever de civilidade estará cumprido e o resultado alcançado será legítimo, ainda que não seja tido por alguns como o mais razoável. Nada obstante, observado o método da razão pública, todos estão obrigados a prestar obediência ao que for decidido, em respeito à regra da maioria. A resistência implicaria tentativa reflexa de impor aos demais cidadãos valores emanados de doutrinas pessoais abrangentes, o que é repudiado numa sociedade democrática bem ordenada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inerente a uma sociedade democrática que as pessoas tenham diferentes ideologias morais, filosóficas e religiosas, do contrário, não haveria democracia, pois esta pressupõe exatamente uma total liberdade de consciência, pensamento, expressão e credo.

Ao aperfeiçoar sua teoria da justiça, concebida em um ambiente hipotético, Rawls a adequa para que possa conviver com essas diferenças ideológicas, o que permite acentuar-lhe a dimensão eficaz. Para tanto, delimita seu campo de incidência aos elementos constitucionais essenciais e às questões de justiça básica, que compõe em verdade a parte principal da estrutura básica da sociedade, objeto dos princípios da justiça concebidos na sua teoria ideal.

A teoria rawlsiana insiste que ao tratar dessas questões políticas fundamentais no fórum público, as autoridades, legisladores e juízes devem ser capazes de abstrair suas crenças e agir com razoabilidade, defendendo valores que quaisquer pessoas razoáveis, numa democracia, também comungam. De igual modo, os cidadãos, ao exercer seu direito de voto, devem optar pelos candidatos cujas ideias melhor representem a razão pública, resistindo à tentação de, por meio de uma maioria ocasional, impor às minorias suas concepções particulares do que é melhor para a sociedade.

A suprema corte deve ter o maior cuidado para que, em todas as suas decisões, use exclusivamente fundamentos afinados à razão pública, pois é o espaço do fórum público em que, por excelência, os valores políticos democráticos devem ser consagrados, especialmente pelo efeito pedagógico que representa.

Para a teoria, as dificuldades que naturalmente surgem no emprego da razão pública, não devem servir de desestímulo a sua utilização ou de pretexto para que se recorra a concepções particulares no fórum público, para resolver questões políticas fundamentais. É natural que, mesmo quando os indivíduos tentem com sinceridade agir por meio da razão pública, surjam diferenças irreconciliáveis. Porém, a solução é sempre aperfeiçoar o debate, e não abandonar a razão pública. E ademais, o dever de civilidade ao qual todos estamos moralmente obrigados se satisfaz com o método, não exige consenso no resultado. É preciso que saibamos que a motivação adotada nos fóruns públicos seja conforme à razão pública. Se o resultado for aquele que reputamos o mais razoável, tanto melhor. De todo modo, devemos nos render ao dever de obediência, como cidadãos comprometidos em sustentar os valores de uma sociedade plural e democrática.

REFERÊNCIAS

FELDENS, Guilherme de Oliveira. O. A razão pública no liberalismo político de John Rawls. *Perspectiva*, Erechim, v. 36, n. 136, dez. 2012.

PANSIERI, Flávio. A crítica de Amartya Sen à concepção rawlsiana de justiça. *Sequência*, Florianópolis, n. 54, dez. 2016.

PATTERSON, Rachael. Reviewing public reason: a critique of Rawls' Political Liberalism and the idea of public reason. *Hein Online*, Rev. 715, 2004.

RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. *Lua Nova*, São Paulo, n. 25, abr. 1992.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Álvaro de Vita. 2. tir. São Paulo: WMF: Martins Fontes, 2016a.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. 4. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016b.

SILVEIRA, Denis Coitinho. Posição original e equilíbrio reflexivo em John Rawls: O problema da justificação. *Trans/form/ação*, São Paulo, v. 32, n. 1, 2009.

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GUARDIÃO DA RAZÃO PÚBLICA

João Paulo Finn¹

I INTRODUÇÃO

A obra *Uma Teoria da Justiça* de John Rawls teve por objetivo superar a teoria do utilitarismo a partir dos conceitos liberais provenientes da teoria contratualista objetivando estabelecer uma base moral adequada a uma sociedade democrática. Esta obra foi alvo de críticas de outros importantes autores, principalmente no que tange à instabilidade social. Por isso, Rawls chega ao ponto de justificar na obra seguinte, “O Liberalismo Político”, que aquela se tratava de uma doutrina abrangente endossada pela unanimidade dos membros de uma sociedade, que é considerado impossível pelo Liberalismo Político por afrontar a ideia de pluralismo razoável, portanto seria hipotética.

Então “O Liberalismo Político” foi proposto como resposta às críticas feitas à obra anterior, expondo um método para que uma sociedade pluralista endosse uma única concepção política de justiça, através de um consenso sobreposto que mira à estabilidade social.

Dessa concepção política de justiça é que decorre o conceito e o ideal da razão pública, como a razão de uma sociedade democrática

¹ Especialista em Registros Públicos pela Universidade Anhanguera; mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Registrador de Imóveis na Comarca de Ampére, PR.

composta por cidadãos livres, iguais e com capacidade de raciocinar, que define a forma como tal sociedade articula seus planos e ideais, determina a prioridade entre eles e toma suas decisões sobre os elementos essenciais de uma constituição e questões de justiça básica. A razão pública é um dos principais pilares de sustentação da estabilidade social e de uma concepção política de justiça numa democracia deliberativa.

Assim, diante do risco à estabilidade que existe no processo de formação política da vontade, que envolve deliberações morais decorrentes de concepções abrangentes, se faz necessário que as decisões transformadas em lei passem por um exame de coerência com a razão pública. E o principal agente que atua em defesa desta esfera é o tribunal constitucional como um “guardião da razão pública”.

Pelo exposto se vê a importância do estudo deste tema, pois conseqüentemente integra diversos outros, como a interpretação constitucional, a separação de poderes, a democracia, a organização do Judiciário, os direitos fundamentais, o federalismo, a ciência política e a filosofia.

O foco do presente artigo são os aspectos filosóficos do tema. Entretanto, o status de “Guardião da Razão Pública” atribuído por Rawls aos tribunais constitucionais provem de uma competência essencialmente jurídica, ou seja, a jurisdição constitucional, pela qual o tribunal exerce o controle de constitucionalidade. Por esse motivo, não se pode abordar o tema de maneira unicamente filosófica sem tratar minimamente de alguns aspectos jurídicos.

Assim, delineando o tema por este foco, sob um olhar rawlsiano pretendemos responder até que ponto o Tribunal Constitucional, como guardião da razão pública, contribui para estabilidade social e política de justiça dentro de um cenário democrático composto por uma diversidade de doutrinas abrangentes.

Para tanto, o presente artigo conta com a seguinte estrutura. Primeiramente tratamos da busca pela estabilidade através do Liberalismo Político, que foi a resposta de Rawls às críticas dirigidas a sua Teoria de Justiça, onde começam a ser construídos os conceitos que nos levarão à ideia de razão pública. Posteriormente, passamos a delinear o conceito de Concepção Política de Justiça, abrangendo de maneira muito sucinta a sua formação, os seus princípios, as suas finalidades, entre outros aspectos. Estabelecidos os aspectos introdutórios, passamos à análise da Razão Pública, seus aspectos, sua importância e seus efeitos na manutenção da estabilidade social e política. Por fim, no quinto e último capítulo adentramos no tema principal do presente artigo, onde expusemos a legitimidade, a competência e demais aspectos relativos ao exercício da função de “Guardião da Razão Pública” pelo Tribunal Constitucional.

Por fim, é importante ressaltar que o intuito inicial era direcionar o presente artigo para análise específica da guarda da razão pública pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. No entanto, para não escaparmos dos limites estabelecidos para este artigo, seguimos o que fora entabulado na teoria de John Rawls, de maneira mais ampla e geral, sem olvidar de uma crítica específica ao exercício da função de “Guardião da Razão Pública” pelo STF no Brasil.

2 A BUSCA PELA ESTABILIDADE ATRAVÉS DO LIBERALISMO POLÍTICO

Com a publicação da Obra *O Liberalismo Político*, John Rawls (2000, p. 7) pretende demonstrar como se pode chegar a estabilidade de sociedades democráticas que abrigam miríades de doutrinas (termo usado no Livro *O Direito dos Povos* em substituição ao termo “Concepções Abrangentes” utilizado no Livro *O Liberalismo Político*) irreconciliáveis.

Rawls (2000, p. 7) afirma que a manutenção da estabilidade de uma sociedade democrática “pluridoutrinária” depende de um consenso que se diferencia das convenções ordinárias, o chamado “consenso sobreposto”. Rawls entende que o consenso sobreposto pode ser estabelecido em relação a temas como: “[...] igualdade política, igualdade de oportunidades, respeito mútuo e garantia de reciprocidade econômica.”

Para tanto, o autor cria conceitos a fim de munir seu arcabouço de pesquisa na busca pela estabilidade social, como Prioridade Indicada, Razão Pública, Ideal da Razão Pública, Conteúdo da Razão Pública:

A prioridade indicada traduzir-se-ia no propósito de assegurar a todos o acesso aos bens primários, cuja lista compreende, além das liberdades básicas, níveis de renda aptos a permitir o que denomina de bases sociais do auto-respeito. A razão pública corresponde à característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, de onde procede o status da igual cidadania. Sendo apreciada e honrada, não é matéria de legislação.

Como ideal, a concepção de cidadania num regime constitucional indica como as coisas devem ser. Segundo afirma Rawls, a Suprema Corte, nos Estados Unidos, seria o protótipo da razão pública. O conteúdo da razão pública reporta-se, mais uma vez, ao conceito de justiça como equidade. (RAWLS, 2000, p. 7).

Também estabelece um conceito de Estrutura Básica da Sociedade, como sendo um “[...] conjunto das diretrizes norteadoras das instituições sociais, sobretudo no que se refere à divisão das vantagens resultantes das atividades sociais.” (RAWLS, 2000, p. 7).

Desta forma, busca rebater objeções à obra *Uma Teoria da Justiça*, principalmente o fato de que a estabilidade descrita nela não condizia com a integralidade da Teoria, Rawls (2000, p. 23) deixa claro que a obra se tratava de uma doutrina moral abrangente e não uma doutrina puramente política.

Ao revés, o liberalismo político não é abrangente, deixando que questões doutrinárias sejam respondidas à sua própria maneira, salvo

quando afetem seu consenso a um regime constitucional (RAWLS, 2000, p. 35).

A crítica da estabilidade decore de afirmações de que a obra (TJ) não passava de uma fantasia ao tratar de uma sociedade bem-ordenada dependente do consenso de cidadãos que endossem uma concepção política única com base em suas doutrinas filosóficas abrangentes (RAWLS, 2000, p. 24).

Entretanto o problema não reside no fato das sociedades democráticas abrigarem diversas doutrinas, mas no fato de que por vezes são irreconciliáveis (não há consenso entre as pessoas que as professam) (RAWLS, 2000, p. 24).

Assim sendo, o Liberalismo Político precede a este problema tratando-o como normalidade de um regime democrático dotado de instituições livres onde a razão humana tem espaço para o desenvolvimento de diferentes doutrinas abrangentes razoáveis. E, ainda que estas sejam conflitantes, por serem razoáveis e ali se desenvolverem, não rejeitam o regime democrático. Situação que decorre do pluralismo razoável (RAWLS, 2000, p. 24).

O pluralismo razoável se opõe a ideia de pluralismo simples. Este é mera percepção de uma concepção oposta de bem. Desta forma, para que se chegue a um pluralismo razoável, mesmo diante da existência de doutrinas irreconciliáveis, os cidadãos que compartilham igualmente o poder político devem justificar razoavelmente suas decisões para todos os demais (RAWLS, 2004, p. 180).

Assim há de se chegar a uma base de justificação pública relativa a questões fundamentais e admitida de forma geral pela sociedade, desvinculada das bases de justificação de doutrinas abrangentes admitidas apenas pelos seus filiados (RAWLS, 2000, p. 27).

Quanto às doutrinas abrangentes, estas não são alcançadas pelo Liberalismo político, que sequer discute as questões morais que as põe em conflito (RAWLS, 2000, p. 27).

Os cidadãos componentes de uma democracia são razoáveis quando em um sistema de cooperação oferecem uns aos outros termos justos de cooperação de acordo com o que consideram a concepção mais razoável de justiça política e concordam em agir com base nestes termos ainda que hajam certas concessões individuais, contanto que os demais aceitem livres de manipulações ou pressões sociais. Assim, ainda que haja divergência, haverá concordância quanto a razoabilidade. Isso é o que se entende por princípio da reciprocidade vinculado à razão pública (RAWLS, 2004, p. 180).

Desta forma, o liberalismo político tenta construir um consenso sobreposto que abarque a pluralidade de doutrinas gerais abrangentes da sociedade a fim de construir uma concepção política de justiça que mantenha a estabilidade social. Tal concepção é autossustentável, pois não se vincula, tampouco se apoia ou afronta qualquer doutrina filosófica, moral ou religiosa, deixando as pessoas livres para exercer sua liberdade de pensamento e consciência e aderir voluntariamente a esta neutra concepção política de justiça como sendo compatível com seus outros valores (RAWLS, 2000, p. 53).

3 A CONCEPÇÃO POLÍTICA DE JUSTIÇA

Para Rawls, uma sociedade bem ordenada não é aquela que só proporciona benesses aos cidadãos, mas aquela que possui uma concepção política de justiça.

Aliás, é a concepção política de justiça que se consubstancia no conteúdo da razão pública. São três os princípios definidos por Rawls (2000, p. 272) como formadores do conteúdo de uma concepção política

e liberal de justiça, os quais se assemelham à estrutura constitucional de direitos e garantias fundamentais:

- a) especificação de certos direitos, liberdades e oportunidades básicos (de um tipo que conhecemos dos regimes democráticos constitucionais);
- b) atribuição de uma prioridade especial a esses direitos, liberdades e oportunidades, principalmente no que diz respeito às exigências do bem geral e de valores perfeccionistas; e
- c) medidas que assegurem a todos os cidadãos os meios polivalentes adequados para que suas liberdades e oportunidades sejam efetivamente postas em prática. (RAWLS, 2000, p. 272).

Uma concepção política de justiça apresenta três características:

A primeira característica diz respeito ao fato de, de ser uma concepção destinada especificamente à estrutura básica da sociedade, que nada mais é que as principais instituições políticas, sociais e econômicas; os princípios, critérios e preceitos que se aplicam a elas; a forma pela qual combinam-se mutuamente; e a forma pela qual os membros da sociedade convivem com estas normas (RAWLS, 2000, p. 273).

A segunda característica de concepção política de justiça é ser autossustentada, ou seja, não está vinculada a qualquer doutrina abrangente. Neste contexto, Rawls (2000, p. 273) compara a concepção política de justiça a um módulo que se encaixa numa sociedade regulada por ela e composta de outros módulos representados por doutrinas abrangentes, ou seja, é independente, mas pode conquistar o apoio destas.

Uma doutrina abrangente tem como objetivo sua aplicação à sociedade como um todo e a todas as condutas e relações dos indivíduos, abrangendo um amplo leque de objetos, enquanto uma concepção política visa elaborar uma concepção razoável aplicável tão somente à estrutura básica da sociedade. Assim, de forma geral, a principal diferença entre uma concepção política e outras concepções morais é a amplitude (RAWLS, 2000, p. 273).

A terceira característica é o conteúdo da concepção política de justiça, formado por ideias fundamentais originadas na cultura política da sociedade, que por sua vez compreende as instituições, as tradições públicas e sua interpretação (RAWLS, 2000, p. 273).

Doutrinas abrangentes fazem parte da cultura de fundo da sociedade, ou seja, toda e qualquer outra doutrina filosófica, moral ou religiosa, não parte do conteúdo de concepção política.

Conforme Rawls (2000, p. 274) A concepção política de justiça é formada por duas partes: princípios substantivos de justiça para estrutura básica; diretrizes e critérios as formas de indagação: critérios para as informações que serão aplicadas às questões políticas, pois sem estas os princípios não são aplicados e maneira completa. As diretrizes também se destinam à verificação pelos cidadãos da correta e adequada aplicação dos princípios substantivos.

A escolha destes princípios de justiça para estrutura básica da sociedade, deve ser justificada perante todos os cidadãos, conforme dita o princípio da legitimidade, por isso a justificção deve se fundamentar em crenças gerais amparadas pela razão pública ou através de métodos científicos amplamente aceitos, não se devendo recorrer a doutrinas abrangentes que buscam a verdade com um todo. Estas são diretrizes admitidas pelo liberalismo na indagação pública que se aplicam tanto na escolha dos princípios quanto nas demais deliberações (RAWLS, 2000, p. 274).

Em relação a escolha dos princípios, Rawls (2000, p. 275) expõe que em se tratando da justiça como equidade, mesmo na posição original em que as partes escolhem os princípios substantivos de justiça, devem ser adotados critérios e diretrizes para aplicação desses princípios. Assim os representantes das partes, em atenção ao princípio da legitimidade ao defenderem os princípios de justiça a serem aplicados à estrutura

básica da sociedade, devem justificar sua defesa através de razões que se esperam destes representantes.

Não há razões para que os princípios básicos de justiça sejam escolhidos de conformidade com as verdades defendidas por doutrinas abrangentes, assim como por interesses particulares.

Nesta toada, até se chegar a uma concepção política de justiça diante de tantas pluralidades, não há como evitar que ocorram conflitos entre os cidadãos que tenham ideais incompatíveis com alguns aspectos da concepção política de justiça. Também não é necessário aceitar a concepção em todos seus aspectos desde que se consinta em sentido amplo com seus princípios essenciais. Importa que os cidadãos levem ao fórum público discussões fundamentais em relação a suas próprias visões de concepção política de justiça e valores que razoavelmente se pode esperar que os outros subscrevam (RAWLS, 2000, p. 276).

Estas mesmas ideias conflituosas, por serem tão diversas, considerando-as como objeto de deliberação até se chegar a um consenso, tendem a enriquecer e desenvolver o processo democrático que leva a escolha da mais razoável concepção política de justiça.

4 A RAZÃO PÚBLICA

A razão pública é um dos principais pilares de sustentação da estabilidade social e de uma concepção política de justiça de uma democracia deliberativa. Por isso, tamanha é a importância de protegê-la ao ponto de existir uma instituição que a defenda precipuamente.

A fim de que entendamos com maior facilidade a razão pública primeiramente a diferenciaremos das razões não públicas.

4.1 A RAZÃO NÃO PÚBLICA

Como demonstrar-se-á a seguir, só existe uma razão pública, a qual deriva de uma cultura política pública. Em contrapartida, existe uma pluralidade de razões não-públicas que são privadas e fazem parte da cultura de fundo da sociedade (RAWLS, 2000, p. 269).

Apesar da diversidade de razões não-públicas e de suas mais diversas origens, as argumentações sociais e morais também precisam ser fundadas em princípios da razão, incluindo forma de correção e justificação, processo que faz parte da razão humana (RAWLS, 2000, p. 269).

As razões não-públicas, de regra, não são compartilhadas e endossadas por todas as doutrinas abrangentes. Essas razões são voluntariamente adotadas pelos que lhe professam, assim como são livremente deixadas pela adoção de razões diferentes (RAWLS, 2000, p. 271).

Neste sentido, Dworkin entende que o direito positivo assimilou conteúdos morais de doutrinas abrangentes, enquanto Habermas, afirma que o direito entra em contato com a moral através do processo de formação democrática da legislação, ou seja, na formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública, sendo o legislador aquele que traduz a moral para a linguagem política (SAAVEDRA, 2006, p. 138).

Mas Rawls (2004, p. 200), também não exclui totalmente a possibilidade do discurso com base numa razão não-pública. Rawls define o conceito de “provisó” como possibilidade de se introduzir doutrinas abrangentes religiosas ou não na discussão política pública, contanto que razões públicas adequadas sejam apresentadas no devido tempo pelas respectivas doutrinas abrangentes.

O raciocínio público almeja a justificativa pública. Recorreremos a concepções políticas de justiça e a testemunhos verificáveis e fatos abertos à visão pública para chegar a conclusões a respeito do que achamos ser as instituições e políticas públicas mais razoáveis. A justificativa pública não é simplesmente raciocínio válido, mas discussão dirigida a outros: parte corretamente de premissas que aceitamos e que achamos que os outros poderiam aceitar razoavelmente para conclusões que pensamos que eles também poderiam aceitar razoavelmente. Isso cumpre o dever da civilidade desde que, no devido tempo, o proviso seja satisfeito. (RAWLS, 2004, p. 204).

4.2 A RAZÃO PÚBLICA

A ideia de razão pública faz parte de uma concepção de sociedade democrática constitucional bem ordenada. A forma e o conteúdo dessa razão – a maneira como é compreendida pelos cidadãos e como ela interpreta sua relação política – são parte da própria ideia de democracia. Quanto à democracia, uma das características que define a democracia é o pluralismo razoável, ou seja, uma pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis e conflitantes, que são resultado normal de uma cultura de instituições livres (RAWLS, 2004, p. 173).

A Razão pública define a forma com que uma sociedade política articula seus planos e ideais, determina a prioridade entre eles e em sobre isso toma suas decisões. A capacidade moral e intelectual de realização também faz parte de sua razão fundada na capacidade de seus membros (RAWLS, 2000, p. 261).

Pública é a razão de uma sociedade democrática composta por cidadãos livres, iguais e com capacidade de raciocinar. Seu objeto corresponde ao bem público, entendido como os objetivos e finalidades das instituições sociais, e às questões de justiça fundamental. Seu conceito e ideais são públicos e decorrem da concepção política de justiça. Já razões de entidades que não pertencem à estrutura básica da sociedade não são públicas (RAWLS, 2000, p. 261).

De acordo com Rawls (2000, p. 271) a razão pública decorre de um poder político coercitivo e dela não se pode livremente associar ou desassociar. Mas, o que se deseja no liberalismo é a adesão voluntária a uma concepção política de justiça que ao ser aceita impõe uma razão pública da qual não se pode evadir.

O dever de respeito à razão pública não é jurídico. Como concepção ideal de cidadania ela demonstra como as coisas devem ser num regime democrático em que se consideram as pessoas como uma sociedade democrática justa e bem-ordenada (RAWLS, 2000, p. 261).

Assim, numa sociedade democrática, a razão pública é a razão de cidadãos iguais, que sendo considerados como um único sujeito coletivo, exercem poder político e coercitivo na imposição de leis e normas constitucionais. Ou seja, cada cidadão, em relação aos demais, é sujeito passivo do poder deste sujeito coletivo e também faz parte deste corpo coletivo como sujeito ativo perante os demais cidadãos. O poder exercido pelo sujeito coletivo decorre da razão pública (RAWLS, 2000, p. 263).

A razão pública se aplica unicamente aos elementos essenciais de uma constituição e às questões de justiça básica. Isso quer dizer que as questões fundamentais, como as que abrangem os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição federal decorrem de valores políticos e, portanto, são questões específicas de razão pública (RAWLS, 2000, p. 263).

No que diz respeito aos elementos constitucionais essenciais, Rawls (2000, p. 277) define que podem ser de dois tipos:

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;
Os direitos e liberdades fundamentais 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. (RAWLS, 2000, p. 277).

A ideia de deliberação, consenso sobreposto, legitimidade, reciprocidade e razão pública aplicadas a uma democracia constitucional bem ordenada formam o conceito de democracia deliberativa em que os cidadãos debatem e reveem os elementos constitucionais essenciais, não com base nos seus interesses privados, mas a partir de opiniões políticas.

Neste sentido, é necessário dizer que a maioria das questões públicas não são consideradas essenciais. Mesmo na Constituição Federal a maioria das normas não são consideradas normas essencialmente ou materialmente constitucionais, mas sim normas formalmente constitucionais (CANOTILHO, 2003), pois apesar de não terem conteúdo constitucional essencial, estão formalmente dispostas no texto constitucional (RAWLS, 2000, p. 263).

Por se aplicar apenas a questões constitucionais essenciais, a razão pública não se aplica às deliberações particulares que ocorrem nas entidades privadas como associações, sociedades e entidades religiosas, as quais constituem-se como parte da “cultura de fundo” exercida em razão da liberdade de pensamento, de crença e de expressão. As questões políticas fundamentais não podem ser objeto de deliberação pelos cidadãos ou seus representantes se não for pelo uso da razão pública (RAWLS, 2000, p. 264).

Assim, o ideal de razão pública está presente em deliberações que ocorrem nos fóruns públicos quando tem como conteúdo os elementos constitucionais essenciais, sejam essas deliberações entoadas por cidadãos ou por candidatos e partidos em campanha, ou ainda quando os cidadãos exercem seu direito de voto (RAWLS, 2000, p. 264).

Esse ideal de razão pública está presente no parlamento em deliberações legislativas, nos atos e pronunciamentos públicos do executivo, assim como no judiciário com ênfase no Supremo Tribunal Federal quando exerce o controle de constitucionalidade (RAWLS, 2000, p. 264).

No judiciário a razão pública é muito mais visível, posto que as decisões judiciais por determinação da própria Constituição Federal, devem ser fundamentadas e justificadas expressamente sempre considerando a base principiológica constitucional. Enquanto os atos do legislativo e do executivo não precisam necessariamente ser assim justificados (RAWLS, 2000, p. 264).

A busca das verdades gerais e essenciais, objeto das doutrinas abrangentes não pode fazer parte do discurso democrático deliberativo relativo às questões políticas essenciais. Isto porque um regime democrático é marcado pela diversidade de doutrinas abrangentes razoáveis que devem endossar a concepção política aplicada às questões fundamentais. Desta forma, caso se justifique o resultado de uma deliberação com base numa verdade doutrinária, possivelmente gerará dissenso de outra doutrina incompatível (RAWLS, 2000, p. 265).

A razão pública não tem como objetivo a busca da verdade como um todo, seus limites vão até os fatos que sejam justificáveis nos elementos essenciais e razoáveis constitucionais. Mesmo em processos criminais, nos quais se busca a verdade real, existem limites para apresentação de provas (proibição de provas obtidas por meio ilícito), existem procedimentos que visam garantir a defesa do réu, entre outros. Ou seja, não se busca a verdade a todo o custo, mas somente com o que pode ser razoavelmente fundamentado na razão pública (RAWLS, 2000, p. 268). Nas palavras de Kelsen (2003): “O sistema democrático não se legitima pela verdade, mas sim pelo consenso.”

O foco nos elementos essenciais da Constituição está presente no exercício do poder político enquanto poder coercitivo pelos cidadãos, que se submetem reciprocamente mediante a aprovação de leis, emendas e princípios. Este exercício de poder deve se dar sob à luz do princípio da legitimidade, ou seja, com base em elementos essenciais e princípios

constitucionais endossáveis por todas as doutrinas abrangentes (RAWLS, 2000, p. 266).

A ideia de legitimidade política baseada no critério de reciprocidade (contido na razão pública) diz que uns cidadãos, para chegarem a um consenso político sobre determinado tema, devem oferecer aos demais razões baseadas em princípios e ideias públicas de justiça que acreditam ser suficientes e razoáveis e que os demais cidadãos as aceitem razoavelmente. Esse critério se aplica tanto na estrutura constitucional quanto nos estatutos e leis particulares (RAWLS, 2004, p. 181).

O critério da reciprocidade é violado quando se negam as liberdades básicas essenciais. Por exemplo, que razões poderiam satisfazer o princípio da reciprocidade e ao mesmo tempo justificar a escravidão? Não há como justificar, pois como demonstrado, a deliberação deve ocorrer entre cidadãos livres, iguais e razoáveis. A reciprocidade significa o mútuo reconhecimento entre os cidadãos como livres e iguais, portanto uns devem oferecer aos outros o que consideram bom para si próprio. Esses valores básicos são especificados pela razão pública entre os princípios essenciais estabelecidos na estrutura da sociedade (RAWLS, 2004, p. 181).

Por esse motivo, as doutrinas abrangentes que não podem sustentar um consenso sobreposto como base da sociedade democrática, pois não são razoáveis e não satisfazem o critério da reciprocidade, deixando de estabelecer liberdades básicas (RAWLS, 2004, p. 226).

As deliberações devem respeitar também um dever moral de civilidade, pelo qual as decisões devem ser justificadas com fundamentos em princípios e valores da razão pública.

Como mencionado anteriormente, conforme os limites estabelecidos, a razão pública se aplica aos fóruns públicos, portanto ela é exercida no parlamento, no executivo e no judiciário nos seus atos e decisões. No entanto, como também já foi mencionado, entre os

cidadãos existe uma relação política na estrutura básica da sociedade pela qual exercem um poder coercitivo uns sobre os outros ao votar. Desta forma, cidadãos livres, racionais, razoáveis e democráticos, por um dever moral de civilidade, devem ser capazes de justificar seus votos perante os demais mediante o uso da razão pública. Nisso se constitui o ideal de razão pública (RAWLS, 2000, p. 267).

Esse ideal de razão pública caracterizado pelo dever de civilidade atua como sustentáculo do consenso sobreposto, que produz cidadãos vinculados aos valores políticos essenciais e capazes de se autogovernarem. Tais cidadãos são capazes de endossar a razão pública como compatível as suas doutrinas razoáveis, independentemente de quaisquer privilégios pessoais (RAWLS, 2000, p. 267).

Quanto ao conteúdo da razão pública, ele está estreitamente ligado ao conceito do princípio da reciprocidade, de modo que um cidadão, ao participar de uma deliberação pública utilize-se de argumentos que acredite sinceramente que decorra de uma concepção política de justiça mais razoável que expresse valores políticos que os demais cidadãos livres e iguais possam endossar (RAWLS, 2004, p. 185).

5 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO “GUARDIÃO DA RAZÃO PÚBLICA”

Como já mencionado, a razão pública é um dos principais pilares de sustentação da estabilidade social e de uma concepção política de justiça de uma democracia deliberativa.

Assim, diante do risco à estabilidade social que existe em processo de formação política da vontade, já que este sempre integra deliberações morais que envolvem conceitos decorrentes de concepções abrangentes, se faz necessário que as decisões transformadas em lei passem por um exame de coerência com a razão pública. E o principal agente que atua

em defesa desta esfera é o tribunal constitucional como um “guardião da razão pública”.

O status de “Guardião da Razão Pública” atribuído por Rawls aos tribunais constitucionais se dá em razão de uma competência essencialmente jurídica que é a jurisdição constitucional, pela qual o tribunal exerce o controle de constitucionalidade fundamentado na razão pública que visa à manutenção da estabilidade social e da concepção pública de justiça estabelecida na constituição.

Rawls (2000, p. 281) esclarece que o Tribunal Constitucional é detentor da razão pública no exercício judicial de interprete constitucional supremo, mas esta razão não lhe assiste como intérprete último da constituição. Não obstante, em termos de controle de constitucionalidade no Brasil a razão pública é a do Supremo Tribunal Federal.

O autor menciona alguns princípios constitucionalistas que considera necessários para explanação da razão pública no Supremo Tribunal. São eles:

- a) Supremacia da Constituição (representa o poder do povo) sobre a legislação infra-constitucional (representa o poder parlamentar);
- b) A constituição democrática é aquela fundada em princípios políticos decorrente do ideal do um povo, enquanto a razão pública é a forma de articular este ideal;
- c) Por meio de uma constituição democrática que determina um rol de direitos, os cidadãos fixam desde logo elementos constitucionais essenciais como os direitos e garantias fundamentais. O que garante que a legislação ordinária seja promulgada de acordo com as vias traçadas por estes elementos fixos, garantindo que a vontade do do povo seja respeitada pelos seus representantes parlamentares;
- d) O poder supremo de um governo não pode ser detido exclusivamente por um dos três poderes. Estes devem exercê-lo em conjunto, mas cada qual com sua função sobre a qual se responsabiliza perante o povo. (RAWLS, 2000, p. 281).

Conforme o autor Rawls (2000, p. 28), se a construção dos princípios se deu por procedimento do qual participam pessoas racionais e livres sujeitas a condições razoáveis, estes princípios também serão

razoáveis assim como os julgamentos para os quais estes servem como base em sede de jurisdição.

Explanados os princípios, Rawls (2000, p. 283) afirma que a constituição onde se transcreve a concepção política razoável, está sujeita às forças de fatores reais do poder (elite política) que ao longo do tempo por um processo político real moldam as interpretações constitucionais de acordo com sua vontade através da legislação ordinária. E por serem fatos resultantes de novas interpretações que não modificam o texto constitucional, não há como evita-los mesmo com a rigidez constitucional por meio de cláusulas pétreas.

Portanto, a democracia constitucional é dualista, distinguindo não só em procedimento, mas também em valor a norma constitucional da norma ordinária. E é neste aspecto que o Supremo Tribunal Constitucional demonstra sua função de protetor da razão pública vinculada à norma superior quando defrontada pela norma ordinária (RAWLS, 2000, p. 284).

É através desta função que a Suprema Corte tem índole de evitar atos legislativos que não se coadunam com os princípios da concepção política de justiça inculpada na constituição, assim como interpretações constitucionais que se desviam de seus princípios propagados por legislação inferior com objetivos escusos (RAWLS, 2000, p. 284).

Há quem diga que o exercício desta função pelo Supremo Tribunal Constitucional seja um tanto antidemocrática ao anular lei emanada do legislativo, composto por órgãos colegiados representantes do povo. No entanto, esta crítica não persiste, pois o Tribunal Constitucional o faz com fundamento na Constituição que representa a concepção política pública endossada pelo próprio povo, afastando interesses escusos que por vezes partem de uma deliberação legislativa que não representa a razão pública. Podendo-se afirmar apenas que é um critério antimajoritário em

relação à legislação, mas não em relação à Constituição (RAWLS, 2000, p. 284).

Para Silva (2009, p. 209-210), toda essa necessidade de argumentações decorre de um radicalismo – “todo o poder aos juízes” ou “todo o poder ao legislador” – que deve ser superado, na busca pela construção de um “diálogo entre poderes”. Para tanto é necessário se superar essa dualidade radical, e ter em mente: “[...] que a decisão do Judiciário não é necessariamente a última palavra sobre o assunto, mas pura e simplesmente uma parte de um diálogo incessante, talvez seja possível conciliar ambas as posições.”

Dentro deste contexto, deve-se observar as lições de Rawls (2000, p. 283):

Em quinto e último lugar, o poder supremo de um governo constitucional não pode caber ao legislativo, nem mesmo ao Supremo Tribunal, que 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.

Neste contexto, os consensos obtidos nas deliberações legislativas podem não representar a razão pública, pois não precisam ser justificados. Em contrapartida, as decisões do Supremo Tribunal Constitucional fundamentam-se em interpretações do objeto da demanda à luz dos valores entregues pela razão pública que representa a vontade inculpada nas questões fundamentais estabelecidas na concepção política de justiça (RAWLS, 2000, p. 284).

Conforme Habermas (SAAVEDRA, 2006, p. 133), o processo de formação política da vontade passa sempre por deliberações morais. Portanto, por segurança jurídica, as decisões transformadas em lei devem passar por um exame de coerência, devendo estar de acordo com o sistema jurídico como um todo.

Assim, para Habermas (SAAVEDRA, 2006, p. 134), o principal agente que atua em defesa desta esfera é o tribunal constitucional como um “guardião da democracia”. Os principais instrumentos utilizados por este tribunal são os direitos fundamentais. É a partir de discursos de aplicação destes direitos que o tribunal protege a esfera pública dos riscos de sua colonização pelos meios sistêmicos (interesses privados das elites políticas).

Neste sentido, o Supremo Tribunal Constitucional dá vontade própria à razão pública, sendo esta a única razão exercida por este órgão, que é instituição criada e criadora da razão pública, não no sentido de dar origem à razão pública, mas de dar movimento à razão inerte. Portanto, o Supremo Tribunal não tem um papel meramente defensivo, mas também criativo por meio das interpretações dos dispositivos constitucionais (RAWLS, 2000, p. 286).

Assim como no entendimento de Habermas, os legisladores e cidadãos podem votar com base em razões não-públicas derivadas de doutrinas abrangentes, pois não precisam justificar os seus votos ou mesmo fundamentá-los com base na constituição. Essa é a razão de existir do Supremo Tribunal Constitucional, ou seja, verificar a compatibilidade destes atos com a concepção política de justiça que se aplique a todas as doutrinas abrangentes razoáveis (RAWLS, 2000, p. 286).

Já, os ministros da suprema corte, ao expressarem suas opiniões, devem fazê-lo de acordo com a melhor interpretação da constituição e de precedentes constitucionais, buscando os valores da concepção pública de justiça. Suas opiniões e votos devem ser expressamente justificados, como exige o dever de civilidade (RAWLS, 2000, p. 287).

Assim, as opiniões e votos dos ministros da suprema corte não podem ser justificados nas suas visões pessoais de moralidade, nas suas crenças ou em doutrinas abrangentes. Devem ser justificados de acordo com razão pública em valores decorrentes da concepção pública de justiça

que são os únicos que podem ser expressos pelo Tribunal Constitucional, trata-se de um poder-dever.

Da mesma forma, as opiniões e votos dos ministros da suprema corte devem ser objeto de publicidade, apresentando as razões tomadas no ato da decisão a fim de concretizar os critérios de reciprocidade e legitimidade, além de proporcionar um amplo aspecto educativo de razão pública (RAWLS, 2000, p. 287).

Como supramencionado, a suprema corte é o interprete supremo, mas não último da constituição. Quer dizer que não é ela quem diz o que é a constituição, mas sim o povo por meio de seus representantes, os quais também definem os limites e os meios pelos quais a suprema corte dirá o que é a constituição (RAWLS, 2000, p. 288).

Essa determinação de limites ocorre não apenas por meio do poder constituinte originário que organiza uma nova concepção política de justiça através de uma nova constituição, mas também por meio do poder constituinte derivado reformador que modifica a constituição pelas emendas constitucionais (RAWLS, 2000, p. 288).

Quanto às Emendas Constitucionais, estas não se configuram apenas em alterações da constituição, mas também em ajustes de valores constitucionais às transformações políticas e sociais ou à incorporação de um novo entendimento de valores.

As emendas constitucionais também estão sujeitas à conformação da razão pública pela corte suprema através do controle de constitucionalidade. Então, podemos perguntar por que as emendas estão sujeitas ao controle de constitucionalidade se após aprovadas em procedimento próprio passam a ter o mesmo valor das demais normas constitucionais (RAWLS, 2000, p. 288)?

A resposta recorre a uma espécie de equilíbrio reflexivo, ou seja, concepção política de justiça e a razão pública são decorrentes de um processo histórico político que posteriormente deu origem à

constituição, ou seja, os princípios fundamentais básicos possuem um valor que vão além do texto constitucional e lhe são anteriores, assim sendo confrontados com juízos e valores ponderados e com a própria norma constitucional originária as emendas podem ser consideradas inconstitucionais (RAWLS, 2000, p. 288).

Desta forma, verifica-se que os limites da razão pública aplicáveis à Suprema Corte não ficam adstritos à lei, mas a um ideal de valores políticos razoáveis de cidadãos democráticos que endossam uma mesma concepção pública de justiça (RAWLS, 2000, p. 304).

Embora os ministros do Supremo Tribunal devam se justificar na razão pública, não há exigência perante esta que eles devam concordar uns com os outros. O que a razão pública exige é que cada um se expresse de acordo com o que realmente acredita ser a melhor interpretação dos valores emanados da concepção pública de justiça. Assim se espera de uma Corte Suprema, enquanto corpo único, é que pelo menos em relação às questões fundamentais mais básicas haja consenso (RAWLS, 2000, p. 288).

No entanto, mesmo que todos os ministros se vinculem à razão pública, muitas vezes esta admite mais de uma resposta para determinado caso, devido às diversas formas de interpretar os mesmos valores políticos. Ainda assim não se permite que invoquem razões não públicas para o julgamento, pois a razão pública exige que seus votos sejam explicados de acordo com um equilíbrio razoável dos valores públicos, para assim serem aceitos por todas as razões não públicas derivadas das mais diversas doutrinas (RAWLS, 2000, p. 291).

As respostas devem ao menos se aproximar do maior grau de razoabilidade possível dentro da razão pública e estar dentro de uma margem de segurança aceita por todas as doutrinas que constituem um consenso sobreposto, a fim de que se mantenha a estabilidade social da concepção política de justiça (RAWLS, 2000, p. 297).

5.1 CRÍTICAS À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL POR CARL SCHMITT

Carl Schmitt tece críticas quanto à legitimidade da Suprema Corte no exercício do controle de constitucionalidade. Como esta é a função que lhe determina a qualidade de guardião da razão pública, cabe-nos aqui analisar suas críticas.

Carl Schmitt (KELSEN, 2003, p. 245), assim como Benjamim Constant, visava restaurar o poder neutro do chefe de estado. Constant apoiava a tese na sustentação de que o governo possuiria dois poderes, um passivo e um ativo, sendo que o chefe de estado deteria apenas o poder passivo, e estando dotado deste, teria o poder neutro.

Kelsen (2003, p. 245), em contrapartida afirma que o governo comandado pelo chefe de estado é um órgão que exerce o poder estatal e permanece em constante concorrência com o Parlamento. Assim, para que fosse possível o chefe de estado exercer a função de guardião da constituição, essa doutrina criou uma teoria que mascara a função de governo, atribuindo ao chefe de estado uma terceira instancia objetiva, situada acima do conflito entre executivo e legislativo e dotada de neutralidade política.

Nesta discussão, o fato de maior insignificância segundo Kelsen (2003, p. 248) é se o tribunal seria verdadeiramente um tribunal e se sua função é verdadeiramente jurisdicional. Esses argumentos partem do pressuposto de que haveria diferenças cruciais entre jurisdição e política, e que a decisão sobre a constitucionalidade de uma norma seria eminentemente política, portanto não seria função jurisdicional (KELSEN, 2003, p. 250).

Habermas (SAAVEDRA, 2006, p. 131) contrapõe esta alegação, pois para ele o poder político e o direito se inter-relacionam. Enquanto

o poder político institucionaliza o direito reforçando suas decisões, o direito dá forma ao poder político como um meio de organização do poder do Estado. Nesta perspectiva Habermas considera que os tribunais estão localizados no sistema político e não no jurídico.

Schmitt (KELSEN, 2003, p. 258) afirma ainda que a função jurisdicional estaria adstrita a aplicar a lei, pois a decisão estaria contida anteriormente na lei e, por isso, a função jurisdicional seria mero automatismo.

Em sentido inverso, conforme Kelsen (2003, p. 241), o argumento não prospera, porque o poder político não está enclausurado dentro do legislativo e tem sua continuação no judiciário assim como no legislativo e no executivo. A opinião de que somente a legislação seria política é tão errada quanto a ideia de que somente a legislação seria produtiva enquanto a jurisdição meramente aplicadora do direito. A diferença é meramente quantitativa, pois enquanto a lei cria o direito de forma geral, a jurisdição o cria entre as partes.

Schmitt também sustenta que o Tribunal Constitucional seria uma instituição antidemocrática e que o parlamento é o cenário pluralista onde os conflitos de interesses da coletividade são expostos para se chegar a um consenso e influenciar a vontade estatal (KELSEN, 2003, p. 291-294).

No revés, Kelsen (2003, p. 291-294) afirma que a solução para tal seria a eleição dos membros do Tribunal. E da forma como sustentada por Schmitt, com o controle constitucional nas mãos do chefe de estado, nada seria tão antidemocrático. Ainda afirma que justamente pelo legislativo ser o território do pluralismo é onde interesses escusos de uma maioria podem prevalecer sobre os interesses minoritários sendo necessário o controle externo de compatibilidade da legislação ordinária com a constituição (KELSEN, 2003, p. 294).

5.2 CRÍTICAS À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL POR HABERMAS

Apesar de algumas passagens de Habermas fundamentarem a posição da Suprema Corte como Guardiã da Razão Pública, o autor era pessoalmente contrário ao controle abstrato de constitucionalidade por parte do judiciário, ou seja, sua função no exame de compatibilidade da lei à razão pública. No entanto não oferecia críticas ao controle concreto de constitucionalidade.

Habermas (SAAVEDRA, 2006, p. 144-146) se mostra favorável a um autocontrole efetuado pelo próprio legislativo. Acredita numa afronta à divisão de poderes e às funções típicas de cada poder: criação do direito pelo legislativo e aplicação do direito pelo judiciário

Também critica a jurisdição de valores paralela ao texto constitucional com a qual o Tribunal Constitucional fundamenta a cassação dos atos (leis) do legislativo, funcionando como legislador negativo, ou supre lacunas da lei repetindo julgados com base em jurisprudência transformando-se em legislador positivo. Desta forma conclui pelo rompimento da legitimidade democrática (SAAVEDRA, 2006, p. 144-146).

De forma a suplantar essa crítica, Mendes (2015, p. 7-9), afirma que não há democracia em que não haja proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais, sendo este o objetivo da suprema corte. Assim, o exercício desta competência por parte da Corte Suprema não tem o viés de intervir nas atividades do legislador, não havendo “judicialização da política” quando as questões políticas se configuram em reais questões de direitos.

No cumprimento desse mister, legislador democrático e jurisdição constitucional têm papéis igualmente relevantes. A interpretação e a aplicação da Constituição é tarefa cometida a todos os Poderes, assim como a toda a sociedade. Como ensinou-nos o Professor

Peter Häberle, todo aquele que vive a Constituição é também seu legítimo intérprete.

A imanente tensão dialética entre democracia e Constituição, entre direitos fundamentais e soberania popular, entre Jurisdição Constitucional e legislador democrático, é o que alimenta e engrandece o Estado Democrático de Direito, tornando possível o seu desenvolvimento, no contexto de uma sociedade aberta e plural, baseado em princípios e valores fundamentais. (MENDES, 2015, p. 7-9).

Mendes (2015, p. 7-9) conclui que a jurisdição constitucional não se configura antidemocrática quando impõe limites aos interesses da maioria e regula o exercício da vontade majoritária. Pelo contrário, reforça os princípios democráticos

Na mesma esteira, Silva (2009, p. 203) entende que considerando o controle de constitucionalidade, num sentido amplo, como uma continuação do processo legislativo e de interpretação da constituição, a diferença principal entre os dois modelos desloca-se apenas para a forma de deliberação.

5.3 CRÍTICAS AO MODELO BRASILEIRO DE DELIBERAÇÕES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Vencidas as críticas em relação a legitimidade da Suprema Corte em realizar o controle de constitucionalidade, função que lhe atribui o status de “Guardião da Razão Pública”, passamos a seguir para uma crítica dirigida especificamente ao Supremo Tribunal Federal sob os parâmetros estabelecidos por John Rawls.

Silva (2009) afirma que o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade é um modelo extremo de deliberação externa, isso quer dizer que não há deliberação entre os ministros do Supremo Tribunal Federal para que se chegue a um consenso razoável e a uma decisão do STF como instituição.

Neste sentido, como visto, Rawls afirma que a razão pública não exige que os votos e as interpretações dos ministros sejam unânimes. No entanto, o autor não descarta a exigência de que a Instituição deva agir conforme a razão pública e fomentar o consenso tanto interna quanto externamente, chegando a um consenso, pelo menos, em relação a questões essenciais.

Em sentido contrário, o próprio STF tem mantido o entendimento de que o valor vinculante de sua decisão não se limitaria ao dispositivo, mas também aos fundamentos necessários ou determinantes da decisão. Dentre as dezenas de exemplos podemos citar a Reclamação 8662, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, julgada em 31/08/2009, publicada no DJe-192:

Conforme já assentou esta Corte, os fundamentos ou motivos determinantes de decisão proferida no âmbito de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, seja em sede liminar, seja em pronunciamento definitivo, são dotados de eficácia vinculante transcendente (art. 102, § 2º, da CF; art. 28, § único, da Lei nº 9.868, de 10.11.1999), apta a ensejar, quando contrariado o entendimento que ali se firmou, por outro órgão do Poder Judiciário ou pela administração pública, a propositura de reclamação ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, inc. I, “1º”, da CF), para fazer prevalecer-lhe a postura adotada (Rcl nº 2.363, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 01.04.2005; Rcl nº 2.143-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 06.06.2003; RCL nº 1.987, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 21.05.2004; Rcl nº 1.722, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 13.05.2005; Rcl nº 3.625-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 08.11.2005; Rcl nº 3.291, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 31.05.2005; Rcl nº 2.986-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 18.03.2005; Rcl nº 2.291-MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 01.04.2003).

Como consequência deste entendimento, existem diversos casos em que a decisão do tribunal, apesar de ter um mesmo dispositivo, se fundamentou em razões diversas dadas pelos ministros. O que leva ao desconhecimento das razões que realmente fundamentaram a decisão final, e até mesmo a decisões diversas aplicadas a casos idênticos em sede da própria jurisdição constitucional. Entre os casos com fundamentos

diversos podemos citar a ADPF 130, que julgou a constitucionalidade da Lei de Imprensa, da qual originaram-se 5 justificações diferentes emanadas pelos ministros, sendo que nenhuma se consagrou majoritária (DA COSTA, 2014, p. 121).

Para termos de comparação, na suprema corte norte-americana, objeto de análise nas obras de John Rawls, ao encerrar os debates entre seus membros, o presidente da corte indica um dos membros que redigirá a “*opinion of the Court*” (opinião da Corte). Essa opinião será lavrada individualmente pelo indicado e manifestará a opinião de todo o colegiado contendo a razão única que levou o tribunal à decisão, e somente ela terá força vinculante (COSTA, 2014, p. 121).

Como visto, no modelo norte-americano tem-se a deliberação onde se expõe as razões individuais até que se chegue a um consenso fundamentado na razão pública como manifestação da própria instituição.

Observando essas divergências, Silva (2009, p. 209-210) expõe as principais diferenças entre o modelo de deliberação existente no Brasil dos modelos de deliberação dos tribunais norte-americano e europeus:

* *quase total ausência de trocas de argumentos entre os ministros*: nos casos importantes, os ministros levam seus votos prontos para a sessão de julgamento e não estão ali para ouvir os argumentos de seus colegas de tribunal;

* *inexistência de unidade institucional e decisória*: o Supremo Tribunal Federal não decide como instituição, mas como a soma dos votos individuais de seus ministros;

* *carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal*: como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do Supremo Tribunal Federal são publicadas como uma soma, uma “colagem”, de decisões individuais; muitas vezes é extremamente difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual foi a real razão de decidir do tribunal em determinados casos, já que, mesmo os ministros que votaram em um mesmo sentido podem tê-lo feito por razões distintas. (SILVA, 2009, p. 209-210).

A primeira das divergências diz respeito à deliberação, pois os ministros não interagem entre si, não havendo busca de clareza ou

consenso, tampouco de uma voz institucional, mas sim de onze vozes dissociadas.

Assim forma-se uma decisão majoritária que se contradiz nas razões do ato decisório, e que não chega a um consenso, ignorando a existência de uma razão pública única, pois esta exigiria que cada ministro manifestasse e exigisse a justificação razoável dos demais para que ao final se chegasse a um consenso único.

Silva (2009, p. 209-210), ainda questiona a observância da razão pública e do princípio da legitimidade diante do atual modelo de deliberação, com a observância de que o diálogo constitucional ocorre entre instituições e não entre pessoas:

Se um tribunal, no exercício do controle de constitucionalidade, tem que ser um *locus privilegiado da deliberação e da razão pública*, e se sua legitimidade depende da qualidade de sua decisão, é preciso repensar a forma de deliberação do STF. Além disso, parece-me claro que uma unidade institucional é pre-requisito para o diálogo, já que o diálogo constitucional não ocorre entre pessoas, mas entre instituições. Por fim, é possível afirmar que a própria vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal depende, em certa medida, dessa unidade institucional. (SILVA, 2009, p. 209-210, grifo nosso).

Por fim, Silva (2009, p. 209-210) afirma que para fomentar a deliberação e o diálogo em busca de um consenso institucional, basta alteração no regimento institucional do STF, não sendo necessário alterações constitucionais.

De fato, como visto acima, decisões cujas razões vinculam, mas divergem entre si, afastam o tribunal de sua função precípua de buscar uma única razão pública de acordo com os valores entregues pela Constituição Federal que levem os cidadãos a um consenso e à estabilidade social e da concepção política de justiça.

6 CONCLUSÃO

Uma das características que define a democracia é o pluralismo razoável, ou seja, uma pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis e conflitantes, que são resultado normal de uma cultura de instituições livres. Como visto, o liberalismo político busca um consenso sobreposto entre essas doutrinas gerais abrangentes, a fim de construir uma concepção política de justiça que mantenha a estabilidade social por meio da observância da razão pública.

A Razão pública define a forma como uma sociedade política articula seus planos e ideais, determina a prioridade entre eles e em sobre isso toma suas decisões. A razão mantém coesa e estável a sociedade porque não se vincula a qualquer doutrina abrangente. Ela se aplica à estrutura básica da sociedade e faz parte de uma concepção de sociedade democrática constitucional bem ordenada.

Para que se respeite a razão pública nas deliberações a respeito dos elementos essenciais da constituição, devem ser observados os princípios da legitimidade, da reciprocidade e da civilidade. Ou seja, devem ser justificadas nos elementos essenciais constitucionais, oferecer razões baseadas em princípios e ideias públicas de justiça que os demais cidadãos aceitem razoavelmente, justificadas em princípios e valores políticos da razão pública.

Por isso a razão pública é muito mais visível no judiciário, posto que as decisões judiciais devem ser fundamentadas e justificadas expressamente considerando a base principiológica constitucional, enquanto os atos do legislativo e do executivo não precisam necessariamente ser assim justificados. Motivo pelo qual o reexame da coerência das leis com a concepção política de justiça melhor atende a razão pública quando realizado pelo Tribunal Constitucional.

Quanto à principal crítica em relação à legitimidade do Tribunal Constitucional para o exercício da função de “Guardião da Razão Pública”, foi demonstrado que seu caráter não é antidemocrático, pois o Tribunal Constitucional exerce a função de forma fundamentada e justificada com fundamento na Constituição que representa a concepção política pública endossada pelo próprio povo, afastando interesses escusos que por vezes partem de uma deliberação legislativa que não representa a razão pública. E por ser independente dos poderes que elaboram as leis e os decretos, tem a possibilidade de exercer sua função desvinculada de razões privadas, representando o melhor entre os três poderes para exercício do encargo.

Quanto ao modelo brasileiro de “Guardião da Razão Pública”, considerando os ensinamentos de Rawls, nos rendemos à opinião de Virgílio Afonso da Silva, ou seja, se o STF é o nosso *locus* da razão pública no controle da constitucionalidade, sua legitimidade assim como o atendimento ao dever de civilidade dependem dos fundamentos da decisão, portanto é necessário que se revise sua forma de deliberação.

O STF não demonstra ter uma voz institucional. Isto porque não há deliberação, não há clareza, não há consenso entre seus 11 ministros. Na maioria das vezes os votos chegam prontos ao plenário do STF, onde numa espécie de “Reality Show” são publicizados pela imprensa e emissoras de TV, de onde vemos muitas vezes, ao invés de consenso, trocas de farpas e discussões arraigadas que parecem provir de simpatias por doutrinas abrangentes diversas.

Assim, considerando o entendimento do próprio STF, de que as razões da decisão também vinculam e considerando que todos os votos vencedores e respectivas fundamentações tem o mesmo peso do relator, não há como apontar qual é a razão que leva à decisão final.

Desta forma, apesar de se chegar a uma conclusão pela soma de votos, não se chega a um consenso em que se considera concessões

mútuas e a troca de justificações entre os ministros. Não se tem uma justificação única fundada racionalmente nos elementos essenciais da constituição capaz de dar e exigir razões das quais tanto depende a manutenção da razão pública e por consequência a estabilidade social.

Portanto, conclui-se que, de forma geral, o Tribunal Constitucional contribui para estabilidade social na sua função de Guardiã da Razão Pública, cassando o ato legislativo que não se conforma com a razão pública e com os elementos essenciais da constituição ou que esteja contaminado por razões não-públicas. No entanto, especificamente em relação ao STF, para que este melhor cumpra com seu encargo de Guardiã da Razão Pública, há necessidade de se rever o procedimento deliberativo decisório para melhor adequá-lo ao atendimento da razão pública mediante deliberações que cheguem a uma única justificação institucional passível de ser endossada por todas as doutrinas abrangentes razoáveis.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Vinícius Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. A razão pública conforme John Rawls e a construção legítima do provimento jurisdicional no STF. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 203-223, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p203>. Acesso em: 05 nov. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Edições Almeida, 2003.

CORREA, Paulo Jose Machado. Rawls, Habermas e a Revisão de Cláusulas Petreas. *Brazilian Journal of International Law*, v. 7, n. 1, p. 77-98, 2010. Disponível em: <www.heinonline.org>. Acesso em: 05 nov. 2017.

COSTA, Thales Morais da. Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a Lei de imprensa na ADPF 130. *Revista Direito GV*, v. 10, n. 1, p. 119-154, jan. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/43560>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. 1. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 1. ed. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2017.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. 1. ed. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. 1. ed. Tradução Almiro Pissetta e Lenita M. R. Estesves. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Jurisdição e Democracia: Uma análise a partir das teorias de Jurgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 250, p. 197-227, jan. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

TRAMONTINA, Robison; PARREIRA, Anny Marie Santos. O Supremo Tribunal Federal (STF) Como Locus da Razão Pública. *Revista de Direito Brasileira*, a. 4, v. 8, p. 213-223, maio/ago. 2014. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/304561758>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

RESERVA DO POSSÍVEL E O PROJETO DESENVOLVIMENTISTA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ALTERNATIVAS PARA A CONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NO CASO CONCRETO¹

Renan Zucchi²

I INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o propósito de abordar o projeto desenvolvimentista, disposto na Constituição da República Federativa de 1988, e as possíveis alternativas para a construção da justiça distributiva no caso concreto, considerando, para isso, a disponibilidade orçamentária do Estado a partir da perspectiva do argumento da reserva do possível. A seleção do assunto e a análise da problemática são de extrema relevância no atual contexto brasileiro, já que se instala uma crise na concretização dos direitos fundamentais. Esse ambiente denota, por conseguinte, um tema complexo e contemporâneo.

O objetivo geral dessa análise consiste em examinar a estrutura axiológica-conceitual e prática da reserva do possível, trazendo as principais concepções e significados. Buscar-se-á apontar as relevantes teorias que fundamentam a estrutura da reserva do possível e sua breve

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

² Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bolsista da CAPES; Especialista em Direito Pena pela Faculdade Venda Nova do Imigrante; Advogado.

origem, bem como, com suporte no critério da distribuição equitativa dos direitos fundamentais, os seus impactos gerais dentro da realidade orçamentária do Estado brasileiro.

Como objetivos específicos, o presente ensaio visa compreender a distributividade da justiça e dos direitos fundamentais, tendo como justificativa as disposições constitucionais e infraconstitucionais que norteiam para o pleno desenvolvimento social. Para tanto, serão investigados os principais dispositivos legais da Constituição da República Federativa do Brasil e das diretrizes infraconstitucionais, como o do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH – 3) e o Plano Nacional de Saúde.

O trabalho está dividido em três partes. Na primeira, denominada “Contornos preliminares acerca da reserva do possível”, são abordadas as noções da reserva do possível, representadas pela heterogeneidade de definições, o seu enquadramento dentro da esfera orçamentária e sua origem. Na segunda parte, intitulada “Justiça Distributiva e os Direitos Fundamentais a partir do projeto desenvolvimentista da Constituição de 1988”, procurou-se apontar os fundamentos da justiça distributiva e da liberdade como desenvolvimento (Amartya Sen) a partir do esboço constitucional.

Por derradeiro, o segmento “Reserva do possível e algumas alternativas para o atingimento do projeto de desenvolvimento nacional”, foram sugeridas alternativas para a construção da justiça distributiva no caso concreto, partindo da edificação do próprio constituinte originário até aos meios infraconstitucionais que ordenam para a busca do pleno desenvolvimento social. São mecanismos que indicam a vontade de uma sociedade preocupada com a concretização dos direitos fundamentais, perseguindo-se, nesse trabalho, a distanciação das meras críticas a respeito da temática para se indicar possíveis alternativas para se chegar à idealização do projeto de desenvolvimento nacional.

Em relação à metodologia utilizada no presente trabalho, optou-se pela adoção do método dedutivo, sendo a pesquisa de cunho exploratório, na medida em que se busca a compreensão e interpretação do tema, a partir de pressupostos e aportes teóricos previamente elaborados. A análise tem caráter explicativo, uma vez que se pretende demonstrar e provocar uma reflexão sobre o argumento da reserva do possível frente às diretivas ordenadoras optadas pelo constituinte originário e à disponibilidade orçamentária do Estado. Como técnica de pesquisa, utilizou-se a bibliográfica.

2 CONTORNOS PRELIMINARES ACERCA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Nas relações do mundo contemporâneo, muito se aborda a respeito da temática da reserva do possível, tanto na sua esfera conceitual-axiológica quanto no terreno da concretização, ou não, de direitos fundamentais de um modo geral. O seu objeto e suas estruturas de análise encontram argumentos nos mais diversificados posicionamentos.

Independentemente do campo de operação que se adote - conceitual-axiológico ou prático - para examinar esses dissensos, a reserva do possível se atrela, invariavelmente, ao orçamento e ao custo dos direitos fundamentais (HOLMES; SUSTEIN, 1999), mormente os de natureza social, já que a materialização prestacional, nesses casos, é positiva, impondo ao Estado a necessidade de atuação concreta através de sua magnitude interventiva.

Isso em razão de que a efetivação dos direitos sociais, por meio do Estado, implica a necessidade de se injetar numerários que, na maioria das vezes, são extremamente elevados e sobremaneira fundamentais para o atingimento das finalidades coletivas. As dificuldades, conseqüentemente,

são vislumbradas em todas as etapas do desenvolvimento de execução desses direitos (SILVA, 2012, p. 305-309).

Como premissa incipiente, percebe-se que a reserva do possível está intimamente ligada com os custos que o Estado tem que expender para a concretização dos direitos fundamentais, deslindando em um quadro de necessidade de desenvolvimento econômico-financeiro saudável, conduzindo a um verdadeiro processo de substancialização.

A efetivação desses direitos é derivada de múltiplas ações praticadas pelo Estado. As ações estatais, por sua vez, geram custos elevados para a concreção de direitos. A conclusão que se chega, sem maiores impasses, é de que os direitos são custosos (HOLMES; SUSTEIN, 1999).

A reserva do possível, em uma observação primeira, acaba se revelando como uma *condição de realidade* do Estado nas hipóteses em que é chamado para cumprir certas funções sociais. Tanto é assim que, em nenhum momento se prova efetivamente com planilhas contábeis que o orçamento existe ou não, demonstrando-se um verdadeiro discurso.

Não obstante exista certo consenso acerca do próprio conteúdo que se liga à reserva do possível³, diversas opiniões despontam quanto a sua natureza. Nessa análise, três delas assumem posições de elevado grau de importância.

Argumenta uma corrente que a reserva do possível é uma regra. A conclusão de que chega é de que, sendo uma regra, ela deve ser cumprida como um dever-ser, na lógica do “tudo ou nada”, de Ronald Dworkin.

Outros, de maneira oposta, entendem a reserva do possível como um princípio e, portanto, deve ser observada como um mandamento de otimização, empregando-o no seu máximo grau de amplitude, seguindo a base teórica construída por Robert Alexy.

³ Nesse sentido: Olsen (2008, p. 199) e Sarlet e Figueiredo (2008, p. 31).

Em uma terceira via, a questão é tratada como condição da própria realidade, aproximando-a dos fatos e da prática social em que se insere. Assim, passa-se à análise dos principais posicionamentos.

2.1 A HETEROGENEIDADE DE DEFINIÇÕES

Diversos estudiosos se propuseram a analisar o problema axiológico da reserva do possível. Diferentemente do que ocorre com a questão do conteúdo desse argumento – onde se enxerga um mínimo de consenso entre os entusiastas que tratam da matéria –, sua natureza é controversa.

Sem interesse em esgotar o tema e, sabendo da heterogeneidade de opiniões, destacam-se as convicções mais relevantes acerca da reserva do possível, conforme breve exposição introdutória alinhavada no tópico antecedente.

2.1.1 A reserva do possível como regra e a concepção de Ronald Dworkin

O filósofo Dworkin (2002, p. 23-72), em sua obra *Levando os direitos a sério*, sugere a diferenciação entre regras e princípios como meio de justificação e desenvolvimento de um arcabouço teórico e prático acerca dos direitos fundamentais.

O ápice da distinção encontra fundamento na própria essência do método de efetivação, constatando-se uma congruência lógica para a aplicação ou não de cada um. Como critério que permita uma análise mais profunda, os mandamentos permissivos ou proibitivos - entendidos, nesse ponto, de modo genérico devem ser pesquisados. A validade também é levada em consideração para a verificação lógica de aplicação.

A diferenciação é importante porque os princípios não encontram regras que prescrevem condutas ou termos genéricos a serem impreterivelmente observados. Não há, desse modo, uma ordem normativa de como proceder na realidade fática ou, até mesmo, como antecipar os efeitos jurídicos de sua aplicação (DWORKIN, 2002, p. 28-50).

O aspecto da validade é levado em consideração na doutrina *dworkiana*, pois a sua ausência conduz a resolução por meio de aplicação de um princípio, atuando como cerne da resolução do conflito no caso concreto. Não se quer, com isso, dizer que o princípio poderá ser aclamado como fonte única e exclusiva da decisão do caso concreto. Entretanto, atua como fonte acessória de razões do *decisum* final (SOUSA, 2011, p. 97).

Quanto às regras, a lógica é invertida, já que há prescrição expressa no ordenamento do jurídico do que fazer ou não fazer, do que praticar ou deixar de praticar, sendo possível antever os efeitos decorrentes de sua aplicação no caso concreto. A solução para se constatar a diferenciação é bastante simples: sendo uma norma válida, deve ser ela aplicada. É a lógica do “tudo ou nada” (DWORKIN, 2002, p. 43).

Na perspectiva da reserva do possível, a concepção a respeito das regras é que assume papel notório, nessa investigação específica, já que é a temática elementar. Isso pelo fato de que as regras são imposições e mandamentos comportamentais no caso concreto, que muitas vezes acabam tendo sua natureza objetiva do dever-ser comparada a da reserva do possível.

A primeira crítica que surge é de que a reserva do possível, como regra, pressupõe um mandamento normativo. Assim, para que se pudesse questionar a respeito da reserva do possível no caso concreto, haveria a necessidade, imprescindivelmente, de se encontrar um fundamento jurídico no ordenamento vigente.

Poderia se objetar o exposto na hipótese de legislação infraconstitucional tratar a respeito da matéria. No entanto, a

regulamentação da temática pela via infraconstitucional seria manifestamente inconstitucional, já que confrontaria com dispositivos constitucionais relacionados aos direitos fundamentais (LAZARI, 2016, p. 66-67).

De outra banda, ainda que se admita a reserva do possível como uma regra, a questão é facilmente suplantada quando essa regra conflita com outra. Isso pelo fato de que haveria a necessidade de se aplicar a lógica do dever-ser entre a reserva do possível, como regra, e um direito fundamental, também como regra, o que levaria à exclusão de uma delas. Desse modo, ou uma ou outra seriam afastadas no caso concreto, o que, por si só, impossibilita a convivência mútua e harmônica de ambas.

Sendo adotado esse critério, a regra seria tida como absoluta. Ou há uma regra determinando que se possa ser argumentado o critério da reserva do possível e, nesse caso, o outro direito fundamental acabaria sendo apartado ou o direito fundamental prevaleceria e a invocação da reserva do possível, mesmo diante das dificuldades orçamentárias do Estado, prejudicaria o desenvolvimento e a administração sadia dos cofres públicos.

A questão se mostra ainda mais controvertida quando colhidos argumentos relativos à condição de realidade. Segundo Olsen (2008, p. 200), premissa que se coloca é de que o que é ponderado no caso concreto é a escassez de recursos defendida pela reserva do possível, e não a própria reserva do possível. Essa justificativa corrobora que se trata de um argumento do Estado, diante do caso concreto e da realidade fática, para desempenhar ou não suas funções sociais.

2.1.2 Reserva do possível e a perspectiva principiológica de Robert Alexy

Para Alexy (2011, p. 85-86), a estrutura de uma norma – conceito mais abrangente – pode ser compreendida em dois feixes teóricos essenciais: as regras e os princípios. Assim, ambas são consideradas normas, sendo realizada essa dicotomia como a finalidade de estruturar a integralidade da teoria dos direitos fundamentais.

São considerados como normas por dizerem o que deve ser, sendo que diversos critérios são utilizados para estremá-los.

O preceito mais disseminado é o da generalidade. Por meio desse critério, os princípios são normas como um grau de generalidade mais elevado, ao passo que a generalidade que se observa no campo das regras é moderadamente inferior (ALEXY, 2011, p. 87).

Outra diferenciação que assume clarividente notoriedade é a que diz respeito às razões para regras e as regras em si próprias. Para Alexy (2011, p. 89), princípios são as próprias razões que se extrai do âmago do direito fundamental, sendo as regras consideradas como as próprias regras.

As regras, por seu turno, são mandamentos permissivos, proibitivos e prescritivos, contidos nas normas e externados por meio dos enunciados normativos. O grau de subjetividade no seu núcleo essencial é mitigado pela própria indicação do comando normativo, ponto que permite diferenciar as regras dos princípios.

O que Robert Alexy pretende com esse arranjo argumentativo é demonstrar que os princípios são extraídos da essência da norma, a finalidade que se busca alcançar no caso concreto, dentro dos parâmetros e limitações fáticas e jurídicas. São argumentos que se guindam para extrair o máximo de efetividade da norma, visando uma conclusão mais objetiva e justa.

Princípios são mandamentos de otimização, podendo ser realizados de acordo com o maior grau de elevação da norma, dentro dos limites jurídicos possíveis e realizáveis. A condição que determinará a imposição de limites nas possibilidades jurídicas é a colisão e o conflito entre as normas do caso concreto (ALEXY, 2011, p. 90).

Na teoria *alexiana*, os direitos fundamentais só serão ventilados no caso concreto se houver uma norma constitucional que outorgue ou permita a fruição desses direitos. Esse pressuposto é elementar na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, ocupando a base de sua pirâmide teórica peculiar.

Partindo desses argumentos específicos, a mesma situação apontada quando da análise da reserva do possível como uma regra – aqui entendida como categoria *lato sensu* – ocorre na presente análise.

Para que se pudesse emoldurar a natureza jurídica da reserva do possível como princípio, haveria a necessidade de existir um comando comportamental diretivo, ainda que não normativo. O comando normativo expresso é dispensável, já que é possível constatar que uma norma seja externada mesmo sem utilização de enunciado normativo (ALEXY, 2011, p. 54-58).

A reserva do possível, nessa sequência estrutural, não encontra fundamento em norma alguma do ordenamento, ainda que por via reflexa, razão pela qual já se quedariam os argumentos expendidos por seus simpatizantes.

Lazari (2016, p. 71-72), defensor da reserva do possível como um princípio, chega à conclusão de que é possível encaixar nessa categoria por simples exclusão, já que a reserva do possível não seria regra ou condição de realidade. Ainda, advoga a tese do “preponderante e preponderado”, onde se distribui peso entre dois lados de uma mesma balança, realizando a lógica do “mais ou menos”.

O primeiro argumento sucumbe pela simplória razão de que a exclusão de categorias não garante confiabilidade como critério técnico, jurídico e até mesmo científico para se chegar a uma conclusão justificada, com fundamentos teóricos robustos o suficiente para abrigar a discussão.

Quanto ao segundo, a lógica encontra resistência quando se pondera os mesmos bens jurídicos. A ponderação que se realiza no caso concreto, quando invocada a reserva do possível é, como visto outrora, a de escassez de recursos frente à necessidade de se executarem os comandos normativos que resguardam os direitos fundamentais sociais (OLSEN, 2008, p. 200).

Assim, o que se vê no caso concreto, é que se ponderam os direitos fundamentais contidos na Constituição do Estado, e não a reserva do possível, servido essa tão somente como um argumento estatal em face da condição de realidade da própria gestão estrutural e organizacional.

2.1.3 Reserva do possível como condição de realidade

A estruturação política e econômica do Estado moderno, a partir da superação do liberalismo radical e imoderado, deita as suas raízes de desenvolvimento na intervenção do poder público em face da esfera desordenada de interesses da vida privada.

Isso porque as riquezas que à época liberalista – passado recente – eram produzidas acabavam sendo distribuídas de maneira desigual e desenfreada, onde a própria ordem econômica aclamava por um meio de estabilizar as relações sociais de um modo geral.

Explica Castro (2016, p. 115) que a razão elementar desse pensamento é de que a economia sem um mínimo de controle, deixado ao bel prazer dos seus participantes, acaba por concentrar riquezas na mão de poucos e criar oligarquias com potenciais extremamente avantajados, empobrecendo grande parte da população.

O Estado, dessa forma, é a máquina que filtra e harmoniza a relação entre os interesses econômico-políticos de toda a sociedade, já que há uma indissociabilidade entre o campo político e o econômico.⁴ Por meio dele, promovem-se verdadeiras ações econômicas a nível macro, com precisas redistribuições de riquezas em longo prazo. É o necessário Estado Desenvolvimentista (CASTRO, 2016, p. 115).

Os direitos fundamentais sociais estão intimamente ligados aos custos que o Estado distribui nas finalidades que lhe são inerentes, conforme já ponderado, já que a concretização desses direitos está atrelada ao próprio desenvolvimento saudável do Estado. Tornou-se imprescindível a sua presença para que o propósito coletivo fosse partilhado equitativamente.

Muito embora em 1870 já se tenha observado os primeiros resquícios de um estado de bem-estar social, somente entre 1945 e 1970⁵ é que houve um “aprofundamento vertical”, abrangendo, em uma breve exposição, uma maior participação pública e sensível ampliação de cobertura (KERSTENETZKY, 2012, p. 18).

Essa maior abrangência de cobertura implica, inexoravelmente, na atuação do Estado de forma mais profunda e estratificada nos diversos ramos sociais, o que gera maiores custos, tendo com consequência lógica o maior dispêndio econômico, obrigando-o a preservar recursos que garantam a concretização dos direitos constitucionais fundamentais.

A realização dos direitos, em qualquer de suas formas, acaba estando sujeita à disponibilidade orçamentária do Estado, seja referente à escassez os ou à prioridade de alocação dos recursos que a realidade concreta direcionará (SCHWARZ, 2016, p. 65-68).

⁴ Essa análise transcende os limites propostos para a presente pesquisa. Para um maior detalhamento: Castro (2016).

⁵ No contexto histórico interno brasileiro, entretanto, o grande salto é percebido em 1930 (CASTRO, 2016, p. 97-112).

A reserva do possível ingressa nesse contexto como um verdadeiro argumento do Estado para mitigar a sua intervenção diante das circunstâncias fáticas, já que com a emergência do Estado de bem-estar social, a sua intervenção se mostrou vital em todos os âmbitos indispensáveis para a estabilização das relações internas.

Para Olsen (2008, p. 201), a reserva do possível “corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito.”

Assim, a natureza da reserva do possível não deve ser tratada dentro de uma perspectiva conceitual-axiológica. Trata-se de uma justificativa diante do caso concreto, onde o Estado é colocado em uma situação que o impossibilita de atuar na efetivação dos direitos fundamentais, enquadramento esse que é adotado na presente pesquisa.

2.2 ORIGEM HISTÓRICA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do possível (*Der Vorbehalt Des Möglichen*) se origina no território alemão na década de 1970, esboçando-se como um argumento estatal que mitigava a concretização dos direitos sociais pela restrição oriunda da disponibilidade orçamentária (CANOTILHO, 2003, p. 107-110).

O caso versava sobre o acesso de cidadãos a universidades alemãs (BVerfGE 33, 303), onde o quadro de estudantes havia dobrado em pouco tempo, gerando, caso fossem integralmente admitidos, um abalo à disponibilidade orçamentária do Estado, situação fática essa que foi levada em consideração para a análise do caso.

Em vista da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e o perfilhamento majoritário da tese pelos estudiosos do direito, firmada à época dos fatos, acolheu-se a tese de que os direitos

sociais, por implicarem prestações positivas pelo Estado, dependeriam da sua real situação econômica (FLICHTINER; SARLET, 2013, p. 29).

As reivindicações pelos direitos sociais, de acordo com a decisão emblemática proferida, deveriam condizer com a própria condição que o cidadão ocupava dentro da coletividade, ou seja, parâmetros específicos poderiam ser levados em consideração em face daquilo que o reivindicante, dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade poderia exigir do Estado.

Essa percepção individualizada foi ventilada por importar uma situação de alegação indevida do cidadão que pleiteava o benefício, já que até mesmo os que ocupavam uma condição que permitia arcar com os custos da universidade acabavam por requerê-lo.

A ponderação foi utilizada como critério para o exame do caso concreto, sendo assentado o entendimento de que a reserva do possível também se aplicaria aos que, muito embora reclamassem o direito de acesso à universidade, dispusessem de meios para financiar os próprios estudos (FLICHTINER; SARLET, 2013, p. 29).

3 JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DO PROJETO DESENVOLVIMENTISTA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Esboçar um panorama a respeito do conceito de justiça é uma tarefa deveras espinhosa, já que há um extenso terreno de abstração. Para Rawls (2008, p. 13), o conceito de justiça é atrelado ao mais alto grau de abstração da teoria contratualista clássica, disseminada por diversos autores, a exemplo de John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant.

Refere-se a uma concepção apoiada na valoração da equidade social, onde o se propõe uma sociedade a partir de um marco inicial

intocável, a “posição original”. As diretrizes básicas ordenadoras de uma sociedade são escolhidas sob a perspectiva de um “véu da ignorância”, onde todos os integrantes se apresentariam em níveis idênticos de escolhas (RAWLS, 2008, p. 14-15).

De outro modo, significa vislumbrar uma proposta de uma sociedade com base em critérios escolhidos por seus próprios integrantes, que, no entanto, seriam posicionados em um ponto de partida idêntico, sem que houvesse diferenças substanciais e formais. Há um manto que camufla quaisquer características diferenciadoras entre os cidadãos comuns.

Concretamente, a teoria se desenvolve em escolhas próprias de valores, princípios e diretrizes por membros de uma comunidade, dotados de plena razão, originando-se de um momento comum a todos eles, sem qualquer tipo de distinção de condições sociais.

A posição original serve como uma alternativa, no caso concreto, de se acordar a respeito de princípios justos, visando estabelecer critérios estruturais⁶ de uma sociedade. A proposta da posição original encontra fundamento na equidade de escolhas, que por via lógica sucederá em um quadro de igualdade de justiça (BAEZ; TRAMONTINA, 2016, p. 67-68).

Mergulhada na ideia de uma estruturação básica de uma sociedade, a justiça distributiva pressupõe uma democracia constitucional equitativa, onde há preponderante pluralismo. Essa concepção política específica tem a moral⁷ como característica peculiar.

Os proveitos sociais básicos de uma sociedade, assim considerados, dentre outros, a liberdade, a renda e a riqueza, obrigam distribuições equitativas, à exceção dos casos concretos em que a desigualdade reclamar

⁶ Para Rawls (2000, p. 53-54), estruturas básicas são “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”.

⁷ Moral no sentido de sua essência ser conduzida por ideais, critérios e princípios, articulando valores de natureza política (RAWLS, 2000, p. 53).

análise em sentido diverso, necessitando ser alocada sem preferências distintas (BAEZ; TRAMONTINA, 2016, p. 70-71).

O propósito de concretização dos direitos fundamentais sociais exige a distribuição de bens de maneira equitativa, já que acarretam elevados custos para o Estado, estando esse, conforme se verá adiante, incumbindo da finalidade precípua de organizar os recursos para a melhor repartição de benefícios. A justiça distributiva reclama não só o acúmulo de riquezas, mas a sua correta e legítima ordenação.

Sociedade justa, assim, é uma sociedade de bem-estar comum, que garante uma plataforma de direitos sociais mínimos para o pleno desenvolvimento das liberdades. O desenvolvimento das liberdades depende do acúmulo de capital, todavia, anda de mãos dadas com o saudável desenvolvimento político e social do Estado, particularidade que se passa a analisar em breves linhas.

3.1 DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE

Quando o debate circunda a questão do desenvolvimento de uma sociedade, muito se costuma emparelhá-la com a prosperidade financeiro-orçamentária do Estado. O prognóstico que se faz tem um sentido um tanto quanto lógico nessa sistemática: é de que um Estado economicamente desenvolvido geraria maior satisfação na concretização dos interesses sociais.

A reflexão que se faz nesse sentido é provocativa, porém, insuficiente a partir de um critério substancial de distributividade da justiça. Não se pretende, com isso, afastar a importância de um Estado economicamente desenvolvido, já que a aplicação de recursos financeiros para a realização ótima das finalidades sociais é essencial.

Aliás, os recursos financeiros são extremamente influentes nas decisões que são tomadas. A justificativa é bastante simples: a renda é que direcionará as escolhas de se poder fazer algo ou não (SEN, 2010, p. 101).

Apesar de ser esse ângulo extremamente importante para uma sociedade - em especial para uma capitalista como a brasileira -, o seu medular desenvolvimento deve ser percebido a partir de uma lente social de bem-estar. Muito embora existam outros argumentos, o progresso e a primazia na qualidade de vida e nas liberdades dos cidadãos devem ser elevados aos seus graus mais elevados de importância (SEN, 2010, p. 28-29).

Liberdade substancial estampa a atenção em se distribuir melhores condições sociais dentro de uma comunidade, nascendo o dever de atenção em relação às particularidades elementares que emergem no cotidiano da vida humana. São condições que superam o argumento simplório do orçamento como disponibilidade para a concretização dos direitos fundamentais.

A responsabilidade do Estado, na garantia dos direitos fundamentais, assume papel primordial no desenvolvimento das liberdades, pois é colocado, a qualquer custo, no degrau mais saliente dentro de uma sociedade fechada. Aqueles que dele se beneficiam, aspiram suas volições e depositam sua integral confiança no *múnus* que lhe foi concebido.

Para Sen (2010, p. 30-33), o triunfo real de uma sociedade é alcançado quando seus membros logram êxito na fruição das liberdades que estão colocadas em meio à democracia. Parte-se de uma visão universal de acesso às categorias de direitos fundamentais.

Incutindo essa identidade desenvolvimentista, a nível substancial, em um Estado Constitucional Democrático de Direito, a moldura que exigiria o caso concreto seria de um desenvolvimento econômico adequado, jungido aos mecanismos sociais finalísticos à procura pelo atingimento dos interesses coletivos predominantes.

Transportando o cenário da substancialização do desenvolvimento para o campo de concreção dos direitos fundamentais sociais, os argumentos que envolvem a reserva do possível ficam muito pobres, já que vira uma verdadeira queda de braço (ou tem orçamento e se realizam direitos fundamentais ou não tem orçamento e não se realizam).

Comuns alegações de falta de orçamento para a concretização de direitos não servem como justificativa para um verdadeiro e expressivo desenvolvimento social. Há necessidade de se encontrar caminhos adequados para o atingimento do bem-estar social.

O pleno desenvolvimento de um Estado administrador da liberdade e igualdade deita suas raízes primeiras na sua Constituição, instrumento normativo e essencial que estabelece diretrizes estruturais e ordenadoras de uma sociedade, criando programas e metas reais a serem atingidas, direcionando e conduzindo a aspiração social dominante.

Não deve, entretanto, servir como uma válvula normativa que se desconecta da realidade que preside. Em oposição, deve haver uma busca incessante de aproximação entre a argumentação e a concretização de direitos contidos nos seus regramentos. Expressa, assim, um dever-ser concreto e ordenado entre a realidade e a Constituição (HESSE, 1991, p. 15).

Não se quer com isso dizer que a apreciação argumentativo-interpretativa não tem o seu espaço. A interpretação da norma constitucional preserva a sua importância dentro da organização sistemática do ordenamento jurídico vigente, porém, deve ser exteriorizada de forma a atender os reclamos fáticos de uma sociedade que se encontra em constante transformação.

A propósito, o acesso concreto à justiça - aqui de maneira específica, atrelado ao desenvolvimento distributivo e equitativo - é requisito essencial para que se possam garantir os direitos fundamentais

básicos de uma sociedade, de nada valendo o simples reconhecimento de direitos sem que sejam eles efetivados em sua integralidade.

O acesso à justiça se apresenta como um campo aberto de manuseio, não se limitando ao direito fundamental de acesso à via judicial, que, muito embora tenha estimado valor, apenas representa uma parcela da justiça social (BEZERRA, 2005, p. 793).

Corresponde à necessidade de perfeita concretização normativa (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*), findando em um quadro de subsunção lógico, temperado pelas circunstâncias fáticas (HESSE, 1991, p. 9).

3.2 O PROJETO DESENVOLVIMENTISTA E A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no dia 05 de outubro de 1988, origina-se em meio a um ciclo histórico conturbado, onde pairavam ares de retrocesso na expansão desenvolvimentista do país – perspectiva específica que se vincula a presente análise –, marcado pelo cenário instável e de declínio da economia, ocasionando um abalo e tempos de crise no território nacional (CASTRO, 2016, p. 187).

O movimento do constituinte originário, diante da conjuntura que se instalava e agravava diariamente, desabrochou por meio do inconformismo do povo brasileiro, que não satisfeito com os modelos constitucionais posteriores à década de 30, reclamava a necessidade de se reformularem os pilares básicos da democracia vigente, permitindo uma maior participação da sociedade na vida política e econômica do Estado.

As convicções do texto maior expressam abundantemente os valores sociais buscados pelo povo brasileiro, transferindo grande parcela dos poderes para o Estado, exteriorizando como um verdadeiro Estado

Capitalista Ideal.⁸ O Estado assume a administração e a alocação dos recursos provenientes do mercado (CASTRO, 2016, p. 195-196).

Identificam-se valores essenciais de uma sociedade e de um Estado preocupado com o interesse coletivo, amparado em orientações concernentes aos interesses sociais em detrimento dos individuais imediatistas, ou seja, a lucratividade capitalista em curto prazo, que por via de consequência acabam dominando o mercado e a larga distribuição de capital.

O projeto desenvolvimentista concebido serviu como um incontestável freio estabilizador nas relações político-econômicas, atento à distribuição de recursos de forma qualitativa e equitativa, assumindo o Estado uma posição de gerenciador das políticas públicas na concretização dos direitos fundamentais sociais.

O dogmatismo pela concreção e efetivação das medidas expressas é clarividente, onde se buscou abandonar a concepção de uma Constituição como uma mera “folha de papel” (Lassale), para conduzir a sociedade a uma comunidade de fato, atenta e cumpridora das diretivas cogentes manifestadas pelo constituinte originário (Hesse), alcançando o sentido mais verdadeiro do propósito social previamente pretendido.

É uma Constituição manifestamente dirigente, que institui orientações e programas a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade. Inaugura e organiza o planejamento desenvolvimentista do país com um verdadeiro status normativo universal, afastando-se do âmbito teórico-

⁸ É o que se extrai do enunciado normativo inaugural do Título VII, Capítulo I, da Constituição de 1988, “Da Ordem Econômica e Financeira”: 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: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

ilustrativo para satisfazer as verdadeiras aspirações sociais (GRAU, 2008, p. 173-174).

Sua concepção tem como característica essencial a marca possível e atingível do Estado brasileiro, descolando-se de um passado recente, abalado pela desestabilização dos regramentos constitucionais, para alcançar degraus de esperanças concretas no desenvolvimento interno máximo.

O projeto desenvolvimentista econômico foi moldado com extrema sensibilidade à efetivação dos direitos fundamentais. A questão é tão significativa que diversos outros dispositivos que, não obstante tenham relações reflexas com o argumento econômico, acabaram sendo abordados pontualmente em relação aos recursos do orçamento estatal.⁹

A estruturação dos direitos fundamentais dentro da Constituição brasileira de 1988 é manifesta, reagindo de forma integrativa e complementadora aos desafios que busca ordenar. Diversos outros dispositivos assumem essa função, refletindo o interesse do constituinte originário de se resguardarem direitos a partir de uma perspectiva macro.

Como elucidado pelo autor Amartya Sen, o desenvolvimento tem como ponto de partida e de chegada o bem-estar social, enxergando-se o sucesso de uma sociedade quando vislumbrada a de perfectibilização

⁹ Em nível de exemplo, a seguridade social, tratada como um direito fundamental (STRAPAZ-ZON, 2012, p. 397-398, grifo nosso), prescreve diversos comandos que propiciam a concretização dos direitos sociais amparada no desenvolvimento econômico. São exemplos: Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...]; Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. [...]; Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

dos direitos essenciais buscados pela coletividade. A satisfação dos anseios coletivos é o grande esforço que se busca.

Corroborando essa temática, Souza (2002, p. 23-24) articula que a “Constituição Econômica” é apenas um elemento da “Constituição Geral”, representando uma passagem importante, mas dependente do conjunto constitucional. Assim, há a imperiosa necessidade de encadear suas divisões, já que servem apenas como uma sistematização estrutural de divisão.

O interesse social é disseminado em todo o corpo normativo constitucional, certificando mandamentos direcionados ao atingimento das finalidades públicas, sendo explorados em todos os campos dos direitos fundamentais, mormente os de caráter social.

O capítulo da ordem econômica no texto constitucional atesta a motivação do constituinte originário em transformar a realidade em que se encontrava e que se encontra o povo brasileiro. É a busca incessante pelo proveito social coletivo, um verdadeiro objetivo perceptivo de realidade, oriundo de um sentimento de possibilidade real de concretização dos direitos que lhe são inerentes.

É o resultado de uma Constituição sistemática dirigente, que traça objetivos e orientações reais de instrumentalização e ordenação dos direitos sociais. A realização ótima desses direitos é uma realidade sentida, acreditável de ser operacionalizada (GRAU, 2008, p. 347).

Ter amplo acesso à justiça é garantir, de fato, o catálogo de direitos, sob pena de ser tornar letra morta da lei, sem qualquer sentido social (BEZERRA, 2005, p. 793-794).

A condição de realidade – critério da natureza da reserva do possível adotada nessa pesquisa – assume relevante papel na concretização, ou não, dos direitos fundamentais e no desenvolvimento nacional. Isso porque, como já analisado, os direitos fundamentais e a reserva do possível estão intimamente ligados ao orçamento do Estado.

A argumentação da reserva do possível quando não há orçamento acaba por desvirtuar o original objetivo do constituinte originário brasileiro, encerrando a tão almejada e esforçada ideologia sentida e palpável de um Estado Desenvolvimentista, como a brasileira. O texto da ordem econômica deixa claro esse sentimento de instrumentação necessária e possível, objetivando a distribuição equitativa de justiça.

Para tanto, nesse trabalho se aposta na convicção de distanciamento das diversas críticas para a não realização das disposições da ordem econômica e da Constituição de uma maneira geral. Busca-se, assim, apontar alternativas para o máximo desenvolvimento nacional e a análise de aspectos práticos da reserva do possível.

4 RESERVA DO POSSÍVEL E ALGUMAS ALTERNATIVAS PARA O ATINGIMENTO DO PROJETO DE DESENVOLVIMENTO NACIONAL

A Constituição brasileira de 1988 instituiu um pensamento de distribuição e redistribuição social de direitos, conferindo ao Estado a incumbência de intervir nas relações públicas para a realização das disposições trazidas pelo constituinte originário, inspirado na vontade do maciço organismo comunitário, que à época de sua legítima promulgação foi esculpida sobre os anseios preponderantes.

O título da ordem econômica e financeira exprimiu manifestamente a escolha de diretrizes essenciais de uma sociedade que almejava, em um futuro próximo, o pleno desenvolvimento social,¹⁰ transferindo, assim, grande parcela de sua força para que o Estado fosse o regador desse grande “jardim social”.

¹⁰ Muito embora existam orientações nesse sentido, é possível se constatar diversos outros dispositivos que tratam e regulamentam as liberdades e os direitos fundamentais a partir do pleno desenvolvimento, conforme breves apontamentos supramencionados.

Corroborar o texto normativo constitucional a função dirigente do Estado brasileiro, acorrentando sua capacidade econômica à concretização dos interesses buscados pelo constituinte. É uma Constituição Cidadã, que estabeleceu e determinou o cumprimento de programas e ações a serem alcançados pelo Estado (CASTRO, 2009, p. 541).

A realização dos direitos fundamentais e a distribuição da justiça implicam, de maneira incontestável, o emprego de recursos orçamentários, que de acordo com a normativa do texto maior, deve ser garantido pelo Estado intervencionista, na tentativa de colocar em prática os verdadeiros objetivos de uma sociedade que busca a prosperidade de suas liberdades.

A reserva do possível, compreendida no presente contexto acadêmico-científico como um dado de realidade, surge como um complexo argumento manuseado pelo Estado em momentos em que é inquirido. Muitas vezes serve como válvula de escape para a não efetivação dos direitos fundamentais sociais, não coadunando com o espírito constitucional vigente.

Não se quer, com isso, alimentar a inconsistente ideia de que os direitos fundamentais devem prevalecer em todas as circunstâncias sociais. Porém, devem ser analisados no caso concreto, a par das particularidades do contexto em que está inserido, que por via reflexa e obrigatória, transita pelo campo da disponibilidade financeira do Estado.

Independentemente do ponto do referencial que se adote na escolha de posição, não há dúvidas de que, pelas breves fundamentações expendidas, o constituinte empregou os meios necessários para expressar a vontade de atingimento do pleno desenvolvimento de uma sociedade preocupada com a distribuição equitativa da justiça.

A justiça de uma sociedade é enxergada quando o bem-estar comum é alcançado, partindo-se da premissa de que exista uma base essencial na promoção e garantia dos direitos fundamentais sociais, a

exemplo da educação, da moradia e do fornecimento de medicamentos que assegurem a integral segurança da saúde coletiva.

Para que se possam conferir, no caso concreto, os direitos constitucionais sociais fundamentais, necessário se faz o apontamento de alternativas que reflitam o fiel interesse do poder constituinte originário. Pressupõe o descolamento entre o isolado argumento da reserva do possível – que muito embora seja necessário em determinadas situações para assegurar a estabilidade e o regular desenvolvimento do Estado – e a exclusiva concretização de direitos.

Há, portanto, a imprescindibilidade de se apontar caminhos para a ótima e efetiva realização dos direitos fundamentais, orientações que devem ser buscadas pelo Estado. O atingimento perfeito do projeto de desenvolvimento nacional encontra suas raízes capitais na própria Constituição de 1988. As políticas e os programas nacionais de desenvolvimento também ganham relevância no contexto hodierno de construção da justiça distributiva no caso concreto.

4.1 INSTRUMENTOS NORMATIVO-CONSTITUCIONAIS COMO ALTERNATIVA

A inspiração inaugural constitucionalista deitou suas raízes em seu próprio texto normativo, confiando ao Estado à realização das suas disposições ordenadoras. Dessa perfunctória análise, infere-se que os alcançáveis instrumentos capazes de conduzir ao pleno desenvolvimento foram convenientemente traçados, devendo, portanto, ser observados na idealização dos anseios da sociedade brasileira.

Não se trata, assim, de um ser, mas sim de um dever-ser. Traduz essência de uma sociedade que busca alcançar o desenvolvimentismo harmônico e saudável de suas diversas camadas estratificadas. É

representada por diretivas inevitáveis de um constituinte ansioso pela solidificação dos direitos fundamentais.

Logo no preâmbulo, a Assembleia Nacional Constituinte buscou instituir um autêntico Estado Democrático, destinado a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segura, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.”

Constata-se, de plano, a perquirição pela estabilização das relações sociais, onde o Estado assume o posto de gerenciador do mercado e das relações desenvolvimentistas, qualificado a distribuir, equitativamente, os direitos de uma sociedade preocupada com o bem-estar coletivo e a justiça social. Mais que isso, estatuiu que o próprio Estado tenha a oportunidade de intervir na atividade econômica, quando assim o contexto nacional reclamar.

Aliás, a própria Constituição da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, anuncia que o mercado interno integra o patrimônio nacional, de modo que se permita incentivar e viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da sociedade e a autonomia tecnológica dentro do país, nos termos do artigo 219.

Em seu artigo 3º, dispõe que a garantia do desenvolvimento nacional é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, pautando-se pela busca e a promoção do bem de todos, erradicação da pobreza, da marginalização e de reduzir as desigualdades regionais e sociais. Visa resguardar e possibilitar a isonomia de condições entre os cidadãos.

São medidas orientadoras básicas de uma sociedade diversificada e complexa. Os objetivos traduzem a ideia de finalidade, um propósito a ser alcançado pela sociedade brasileira, conduzindo os reclamos sociais na intenção de proporcionar o bem-estar coletivo. Mais uma vez o

constituente se coloca na posição onde os interesses estão consonância com a distribuição justa de direitos.

A temática assume tamanha relevância que o desenvolvimento social e o econômico são questões tratadas e especificadas dentro da ordenação de competências do Estado. O artigo 21 dispõe que compete à União elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

Não obstante a repartição de competências tenha atribuído à União a competência para administrar os interesses desenvolvimentistas da sociedade, é exequível o trabalho conjunto entre os demais entes federativos. Isso porque o parágrafo único do artigo 23 estatuiu que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão contribuir para esses objetivos, haja vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

O artigo 170, que inaugura a ordem econômica e financeira, exprime que essa tem o escopo primordial assegurar a dignidade da existência humana, estruturada no escólio da justiça social. Endossa o espírito social de atingimento das finalidades públicas dominantes por meio de um sistema normativo recheado de condições reais e alcançáveis.

O constituinte estabeleceu que são princípios da ordem econômica: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no país.

O artigo 195, do diploma constitucional vigente, dispõe que a seguridade social – compreendida nesse trabalho como um direito

fundamental social – será financiada pela sociedade de um modo geral, de maneira direta e indireta, por meio de recursos oriundos dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Esses recursos visam suprir as necessidades de uma parcela extremamente importante da ordem social.

A ordem social, por sua vez, tem como objetivo precípua o bem-estar e a justiça social. Assegurada a ordem social – dela integrantes a seguridade social, a previdência social e a saúde –, extenso terreno dos direitos fundamentais possivelmente estarão sendo garantidos aos cidadãos brasileiros, já que é uma urgência dentro da comunidade interna.

São, dessa forma, alguns dos principais mecanismos constitucionais ligados à concretização dos direitos fundamentais sociais, calcados nos ditames de uma sociedade que busca alcançar o pleno desenvolvimento e a distribuição equitativa da justiça de bem-estar. Manifestam-se como preciosos instrumentos norteadores e cogentes de uma sociedade que concebeu a sistemática constitucional com o fim basilar de efetivação de seus comandos.

Há a necessidade, por conseguinte, de serem perseguidos incessantemente. Servem como fios condutores de energia para a movimentação da engrenagem social, que desde longa data reclama a intervenção do Estado para assegurar os direitos sociais fundamentais.

Argumentos como a reserva do possível, não obstante sejam dados da própria condição financeira do Estado, não servem mais como justificativas isoladas, devendo ser alcançadas as diretrizes e os comandos norteadores do poder constituinte de 1988. Imprescindível descolar da fundamentação apartada entre a reserva do possível e a garantia dos direitos fundamentais. São, assim, demandas que andam lado a lado.

4.2 MEIOS INFRACONSTITUCIONAIS COMO ALTERNATIVA

Em consonância com a volição do constituinte originário, e frisando os argumentos supra expendidos, a Constituição de 1988 assegurou a promoção e o progresso desenvolvimentista da comunidade interna, dispondo sobre a importância dos programas e ações públicas como mecanismos essenciais de se garantir e realizar os direitos sociais fundamentais.

É um legítimo diploma dirigente, de natureza programática e ordenadora, que dispõe sobre a necessidade de implantação de programas, planejamentos e políticas de desenvolvimento harmônico, atento à realidade e à progressão natural do corpo social.

Despontam, nesse cenário, os programas e planos nacionais desenvolvimentistas, selecionados e harmonizados com os interesses específicos de cada estratificação social. Traduzem-se em prescrições consolidadoras das pilastras mestras de um Estado Democrático, servindo como verdadeiros vetores dirigentes de concretização das necessidades coletivas.

O Programa Nacional de Direitos Humanos (PHDH - 3) de 2010, promovido pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, fomentou o diálogo entre o Estado e a Sociedade Civil, promovendo o desenvolvimento e o acesso à justiça. Teve, à época, o Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva como responsável pela assinatura do decreto presidencial que instituiu o terceiro programa.

O instrumento absorveu e condensou algumas resoluções constituídas quando da realização da 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos, tendo como objeto a saúde, a moradia, a igualdade, dentre outros nichos. Representavam essas normativas os interesses de integração entre o Estado e a política de desenvolvimento humano.

Muito embora esteja atrelado à distribuição equitativa de riquezas, o desenvolvimento circula em outras dimensões. Assim, o respeito absoluto à identidade cultural do cidadão e a livre determinação

são aspectos que integram o pleno desenvolvimento da sociedade. É o desenvolvimento com liberdade, difundido por Sen (2010, p. 41).

Dentre outros objetivos estratégicos, o inicial assume condição de extrema relevância na perspectiva dessa análise. Busca propagar o desenvolvimento com inclusão social por meio de políticas públicas conscientizadoras, desdobradas por meio de inúmeras ações programáticas.

A integração de política de geração de empregos e renda é uma das ações. Pretende combater a miserabilidade de agricultores que laboram em regime familiar, indígenas, quilombolas, pescadores e suas famílias e os agrupamentos de menores escalas.

Na diretriz de número cinco, intitulada “Valorização da pessoa humana como sujeito central do processo de desenvolvimento”, procurou-se estabelecer um sistema que promovesse a participação dos cidadãos brasileiros nas políticas públicas de desenvolvimento, em especial no que tange os efeitos dos impactos socioambientais.

Houve, também, uma preocupação com a universalização dos direitos dentro da complexidade da sociedade brasileira. A superação da divisão econômica das camadas sociais existentes se revela como importante argumento para a distribuição equitativa de recursos, de modo que se possam garantir os direitos sociais fundamentais.¹¹

A saúde e todos os seus reflexos na sociedade é assunto que triunfou dentro do argumento da reserva do possível, já que o fornecimento de medicamentos – em especial os de maiores custos – está, na maioria das vezes, limitado aos recursos disponíveis do Estado.

¹¹ Dentro do eixo orientador III, constata-se especial preocupação com os seguintes direitos: acesso à alimentação adequada; acesso à terra e à moradia para a população de baixa renda e grupos sociais vulnerabilizados; acesso à educação de qualidade e permanência na escola; garantia do trabalho, exercido em condições de segurança; garantia de participação nas políticas desenvolvimentistas; acesso à saúde, de maneira universal.

A justificativa estatal e as críticas sociais não servem mais como supedâneos para a continuidade e harmonização dos anseios sociais em face da disponibilidade orçamentária. Busca-se, nessa análise científica, apontar mecanismos solucionadores desse grande impasse para a superação das crises que se instalam e se multiplicam quase que diariamente.

O Plano Nacional de Saúde (PNS) é outro instrumento, abaixo da Constituição de 1988, que assume papel de extrema importância na efetivação dos direitos fundamentais relacionados à saúde. É um dos mecanismos que vislumbra apontar alternativas para a melhor estruturação do sistema de saúde, com expectativa de vigência até o ano de 2019.

Identifica-se em um planejamento que norteia a implementação da organização do Sistema Único de Saúde (SUS), programando e orientando as obrigações setoriais, tendo como ponto de partida o parâmetro das necessidades e anseios da sociedade brasileira. Acolheram-se as diretrizes recomendadas pelo Conselho Nacional da Saúde (CNS), apoiando-se na resolução nº 338 de 2004, que optou por delimitar e desenvolver a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF).

A dotação orçamentária é estabelecida pelo próprio plano, que discrimina a cooperação mútua e equitativa entre os entes federativos, dispondo, de maneira bastante esclarecedora, sobre a necessidade de alocação e destinação adequada de recursos para que se possam resguardar os direitos inerentes à saúde.

Assegura esse importante instrumento, dentre outros mecanismos, a assistência no fornecimento adequado de medicamentos, partindo-se de um conjugado coordenado de ações destinadas ao amparo, ao progresso e o reparo da saúde. O fornecimento de medicamentos é tido como um “insumo essencial” à pessoa humana (RAWLS, 2016, p. 37-38).

O fornecimento de medicamentos é, talvez, um dos grandes problemas da sociedade brasileira hodierna. Dessa premissa, é possível extrair que a reserva do possível é um grande argumento em favor do Estado, que por vezes objeta a concretização dos direitos fundamentais por escassez de recursos ou, até mesmo, a indisponibilidade material para a garantia do pleno desenvolvimento da saúde pública.

A questão atualmente difundida é bastante simples: ou o Estado possui condições financeiras para arcar com os custos dos medicamentos fornecidos em massa, ou o enfermo que necessite de fármacos de elevado valor que custeie. Por essa perspectiva, os dois interesses não se conciliam, já que há um grande déficit orçamentário do Estado.

O Plano Nacional de Saúde (PNS) é uma das possíveis alternativas para se colocar em prática e garantir as necessidades essenciais de uma sociedade atenta à concretização dos direitos fundamentais e à distributividade equitativa da justiça. Distancia-se das vulgares críticas rotineiramente articuladas para organizar e apontar caminhos que conduzam à plena satisfação do projeto desenvolvimentista idealizado pelo constituinte originário.

Solidifica, assim, o espírito programático e dirigente da Constituição da República Federativa do Brasil, instrumento normativo debatido e promulgado que revela o zelo e as escolhas de uma nação atinada com os interesses coletivos preponderantes. O progresso é um desses grandes pilares, projetado para o verdadeiro e concreto atingimento das disposições constitucionais, visando à distribuição da justiça no caso concreto, sem qualquer distinção.

5 CONCLUSÃO

A reserva do possível assumiu grande espaço no âmbito jurídico e econômico-desenvolvimentista da sociedade brasileira, sendo objeto

de diversas controvérsias e objeções, movimentando-se entre a seara axiológica e a limitação de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Em meio a esse terreno espinhoso, surgem fundamentos que buscam melhor entender o seu conceito e as consequências de sua invocação no caso concreto.

Muito embora haja divergência quanto ao enquadramento, é factível que a reserva do possível está intimamente ligada com a capacidade orçamentária do Estado. Surgem, desse ponto, discursos para se negarem direitos fundamentais, partindo de uma simplória reflexão: ou o Estado conserva adequadamente seus recursos e, assim, os direitos sociais básicos são garantidos, ou não possui e esses direitos são colocados em segundo plano.

Sucedese que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, promulgada com vistas aguçadas à necessidade de construção da justiça distributiva no caso concreto, traçou caminhos, diretrizes e programas norteados pelo pleno desenvolvimento a serem alcançados pelo Estado, visando, com isso, a concretização de direitos fundamentais. É uma verdadeira Constituição programática, que dispõe sobre a obrigatoriedade de perseguição dos objetivos nela contidos, representando os anseios sociais preponderantes.

A justiça distributiva é a que aquinha, de forma adequada, os recursos disponíveis do Estado, atendendo as expectativas coletivas em todos os extratos da sociedade, sem qualquer distinção. Maior que a distribuição adequada de recursos, e seguindo as advertências realizadas Amartya Sen, é a distribuição equitativa das liberdades dos cidadãos, garantindo, com isso, o bem-estar coletivo, o ápice do arranjo social desenvolvimentista.

Dentro dessa perspectiva orientadora da Constituição de 1988, procurou-se, nesse estudo, fugir do binarismo “direitos fundamentais ou reserva do possível”. Ambos os lados possuem suas justificativas e ambos

estão corretos. Assim, possíveis alternativas foram levantadas para que se possa cumprir o projeto desenvolvimentista proposto pelo constituinte originário.

O próprio texto constitucional prevê princípios e caminhos para o atingimento das finalidades sociais e concretização dos direitos fundamentais. O capítulo da ordem econômica consolida perspectivas orientadoras para o pleno desenvolvimento da comunidade nacional. Nesse sentido, dispõe o artigo 170 que a finalidade primeira é a de garantir e promover a dignidade da pessoa humana, atendendo os ditames da justiça social.

Traduz a escolha do povo brasileiro em garantir a distribuição equitativa e adequada de recursos para o atingimento do interesse coletivo. Direciona a vontade majoritária para a real e possível garantia dos direitos fundamentais sociais básicos. É uma Constituição manifestamente dirigente, preocupada com a efetivação da justiça no caso concreto.

Como alternativas complementares para construção desse cenário, surgem os instrumentos infraconstitucionais, que orientam o Estado na perfeita e consentânea distribuição e alocação de recursos. Nesse trabalho, optou-se por analisar o Programa Nacional de Direitos Humanos (PHDH - 3) de 2010 e o Plano Nacional de Saúde (PNS), já que representam prescrições consolidadoras e norteadoras da atuação harmônica do Estado.

Sem pretensão de esgotar o tema ou engessar alternativas para a concreção da justiça social no caso concreto, as normativas constitucionais e infraconstitucionais, assim brevemente analisadas nesse estudo, a exemplo dos programas e planos nacionais de desenvolvimento, são meios dirigentes a serem seguidos pelo Estado na busca pelo atingimento do pleno desenvolvimento, distanciando-se da singela controvérsia sobre a reserva do possível e a negação de direitos em decorrência da insuficiência de recursos.

São, assim, possíveis alternativas para justiça distributiva no caso concreto, tendo como ponto de partida o projeto desenvolvimentista disposto na Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; TRAMONTINA, Robison. *A Realização da Justiça como Consecução de Direitos Humanos/fundamentais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2016.

BEZERRA, Paulo. O acesso aos direitos e à justiça: um direito fundamental. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Universidade de Coimbra, v. 81, 2005.

CASTRO, Matheus Felipe de. *Capitalista coletivo ideal: O Estado, o Mercado e o Projeto de Desenvolvimento na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CASTRO, Matheus Felipe de. *Capitalista Coletivo Ideal: O Estado, o Mercado e o Projeto Político de Desenvolvimento Nacional na Constituição de 1988*. Santa Catarina: Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1982.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIGUEIREDO, Mariana Flichtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2008.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. *O estado de bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade*. Curitiba: Juruá, 2016.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Rogério Luiz Nery da. Efetividade dos direitos sociais: limitações orçamentárias e escolhas trágicas. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo (Org.). *A problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa: Desafios materiais e eficaciais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Os direitos fundamentais sociais e sua judicialização: as garantias judiciais dos direitos sociais*. Joaçaba: Unoesc, 2016.

SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, a. 48 n. 192, out./dez. 2011.

SOUZA, Washington Peluso Albino. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Expectativas Jurídicas e Direitos Fundamentais Sociais: Contornos Dogmáticos Aplicados à Seguridade Social. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo (Org.). *A problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa: Desafios materiais e eficaciais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

A LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA NO BRASIL SOB O ARGUMENTO DO ESTADO LAICO À LUZ DO ENTENDIMENTO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1988, NA ÓTICA DE JOHN RAWLS

Rodolfo Ferreira Pinheiro¹

I INTRODUÇÃO

Em 25 de março de 1824 foi outorgada a primeira constituição brasileira, o artigo 5º determinava que “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do Templo.” (BRASIL, 1824). O Estado Brasileiro era confessional.

A segunda constituição brasileira promulgada em 24 de fevereiro de 1891 separou o Estado da Igreja, não existindo mais uma religião oficialmente reconhecida, apesar de não-confessional, o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 deixa clara a opção teísta ao expressar que

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a

¹ Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Internacional Signorelli; mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Registrador de Imóveis na Comarca de Bela Vista do Paraíso, PR.

igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, *sob a proteção de Deus*, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

A Igreja Católica, os evangélicos, os protestantes ou judeus não estiveram na Assembleia Nacional Constituinte como instituições. Foram os representantes do povo brasileiro, que em nome da soberania do popular, de acordo com suas convicções, eleitas pelo povo, que decidiram pelo Estado Teísta, contra o voto daqueles que não acreditavam em Deus (LEE, 2014).

Apenas as Constituições brasileiras de 1891 e de 1937 deixaram de evocar o nome de Deus na sua introdução, em razão da influência do pensamento positivista, as demais bradaram ao Senhor. A presença do nome de Deus nos preâmbulos de nossos textos constitucionais revela a face teísta da maioria do povo brasileiro, em respeito ao princípio democrático, pois não há unanimidade, mas maioria de pensamento.

A presente investigação visa raciocinar que, a partir das ideias de John Rawls da Teoria da Justiça, não se pode limitar o exercício de qualquer manifestação religiosa que não prejudique a coletividade.

O Brasil não é um país ateu ou agnóstico, apesar de respeitar tais ideologias. Venera ao Senhor, sem que isso signifique adesão a este ou àquele movimento religioso. Aliás, o Deus referido no preâmbulo da Constituição de 1988 é ecumênico, não pertence a este ou àquele credo religioso, pois o Estado Brasileiro não tem religião oficial (é leigo, laico ou não-confessional). Desde o Texto de 1891, vigora, entre nós, o princípio da separação entre Estado e Igreja (BULOS, 2007, p. 383).

Tem-se confundido Estado laico com Estado ateu ou agnóstico. Estado laico é aquele em que as instituições religiosas e políticas são separadas, mas não é um Estado em que só quem não tem religião tem o

direito de se manifestar. Não é um Estado em que qualquer manifestação religiosa deva ser combatida, para não ferir suscetibilidades de quem não acredita em Deus (LEE, 2014). Por isso, é imperioso que todas as crenças religiosas ou não religiosas, grandes ou pequenas, sejam tuteladas pelo Estado Brasileiro, nos termos determinados pelo constituinte originário.

É um equívoco dizer que a proteção a determinada crença religiosa pelo Estado Brasileiro, viola o Estado Laico, pois, a partir do momento que uma crença é violada, passamos a ser um estado confessional de determinada crença religiosa, ou mesmo “confessional” ateuísta ou agnóstico.

Deixar de tutelar a manifestação de diferentes ideologias caracterizaria um déficit civilizatório da população brasileira. Tal conduta representa a não aceitação do outro, pois o que pensa diferente não é melhor ou pior, apenas diferente (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013).

A opção pela temática é justificada: a) pela atual discussão a respeito do conceito de Estado Laico; b) pela crescente perseguição a liberdade religiosa nas suas diversas formas de manifestação. A pesquisa em tela é bibliográfica e tem objetivo analítico-interpretativo.

O objetivo geral é a análise do Estado Laico à luz do entendimento da Assembleia Nacional Constituinte, já o objetivo específico é a proteção da liberdade religiosa sob a ótica de John Rawls.

2 LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA

Para Durkheim (1996, p. 4), religião é “um sistema unificado de crenças e práticas relativas às coisas sagradas, isto é, a coisas colocadas à parte e proibidas – crenças e práticas que unem numa comunidade moral todos os que a adotam.” A prática religiosa deve ser exercida de

forma livre, o Estado Brasileiro não pode embaraçar qualquer prática, com espeque no art. 19, I, da Constituição Brasileira.

No conceito de liberdade de crença está encravada a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer credo religioso, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião. Mas também compreende a liberdade de não aderir à religião nenhuma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir livremente agnosticismo. No entanto, não abrange a liberdade de embaraçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros (SILVA, 2007, p. 248), de todas as liberdades sociais, nenhuma é tão congenial ao homem, e tão nobre, e tão frutificativa, e tão civilizadora, e tão pacífica, e tão filha do Evangelho, como a liberdade religiosa (BARBOSA, 1877, p. 419).

A partir do início da era moderna, aumenta a proteção à liberdade de religião, principalmente em razão das guerras religiosas, através das quais se vai afirmando o direito de resistência à opressão. Este pressupõe um direito ainda mais substancial e originário, o direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais: fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano (entre as quais, em primeiro lugar, a liberdade religiosa) (BOBBIO, 1992, p. 8).

Ao enveredar pelo ambiente intelectual da monarquia francesa no tempo das Guerras de Religião (1559-1598), observa-se um caso de vínculos estreitos entre as Reformas Religiosas e as questões políticas, desfazendo fronteiras entre religião, magia, filosofia, e o próprio exercício do poder. Denis Crouzet identifica, após a eclosão dos conflitos, duas respostas da realeza – não excludentes entre si – às violências interconfessionais. A mais evidente, de matriz humanista, tentava fundar a paz pela tolerância da fé reformada. O chanceler Michel de L'Hôpital,

se esforçou com alguns intelectuais – os *politiques*, entre eles Jean Bodin – para tornar política uma visão da ordem régia. Além dos ódios, existia a solução da tolerância como preservação do Estado, pois sem um poder dominante, os homens guerrearão ao infinito. O rei devia manter a paz, justificativa da organização social e política capaz de findar os conflitos (CROUZET, 1994). Entretanto havia ainda outra corrente filosófica que convém enfatizar. No século XVI, diálogos de Platão eram lidos nas academias italianas, sobretudo em Florença, onde conferências sobre a filosofia do amor eram frequentes (MONTEIRO, 2007).

Após a reforma protestante, liderada por Lutero, a quebra da unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas que defendiam o direito de cada um à “verdadeira fé”. A defesa de tal liberdade postulava, minimamente, a ideia de tolerância religiosa e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Por este fato, alguns autores, como George Jellinek, vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 383).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1981) de 1789 afirma no artigo 18 que

Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

No mesmo sentido o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), ratificado pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948) regulamenta no artigo 12 que

Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

Os povos orientais, também entendem relevante a proteção da liberdade religiosa, conforme a Declaração do Islã (DIREITOS HUMANOS NO ISLÃ, 1990) que diz que “Toda a pessoa tem o direito à liberdade de consciência e de culto, de acordo com suas crenças religiosas.” A Carta Africana no art. 2º afirma que “a liberdade de consciência, a profissão e a prática livre da religião são garantidas. Sob reserva da ordem pública, ninguém pode ser objeto de medidas de constrangimento que visem restringir a manifestação dessas liberdades.” (COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS, 1970).

A primeira emenda da Constituição Americana determina que “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.”

A Constituição do Brasil determina que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.” (BRASIL, 1988). O Estado Brasileiro é laico, devendo consagrar constitucionalmente uma espécie de “pluralismo denominacional”, ou seja, a presença da comunidade, com iguais direitos formais de um número indefinido de coletividades religiosas (CANOTILHO, 2003, p. 247) que garante a proteção da diversidade de crenças, ainda que minoritárias e daqueles desprovidos de crença religiosa.

O Estado Laico é conduzido por pessoas eleitas pelo povo democraticamente, as quais exteriorizam a vontade popular. Da mesma

forma, todo o regime jurídico e a ordem pública do país são definidos em última instância pelo próprio povo através do voto. No Estado Laico, vigora a vontade do povo, e não os líderes religiosos. Jamais o Estado Laico pode ser confundido com aquele em que a pessoa que possui religião não possa se manifestar, não possa ter opinião ou não possa desejar ter representantes os quais façam as leis de acordo com os princípios em que crê, agindo em consonância com vontade da maioria, respeitando as minorias.

Estado Laico não é aquele que apenas tolera os juízos de quem acredita em Deus, mas não lhes outorga o direito de manifestar suas crenças e princípios, quando se trata de política ou de influenciar a condução do país. Tal restrição mental a quem acredita em Deus representaria – se os agnósticos e ateus fossem minoria – a ditadura da minoria sobre a maioria de um país (ABBAGNAMO, 2007, p. 693).

A proteção à liberdade de crença não é questão de bondade, a norma é de eficácia contida, pois embora tenham condições de, quando da promulgação da Constituição Brasileira de 1988, produzir todos os seus efeitos, poderá excepcionalmente a norma infraconstitucional reduzir a sua abrangência (SILVA, 2005, p. 266).

3 A TEORIA DE JOHN RAWLS

Para criar uma sociedade justa, é necessário definir como distribuir os bens e direitos por meio de regras e princípios justos. Surge, portanto, o desafio de encontrar o conceito puro de justiça. Visando solucionar o impasse, John Rawls desenvolve dois princípios de justiça aplicados à estrutura básica da sociedade que são aceitos por todos de maneira equitativa. Rawls imagina uma sociedade caracterizada por uma situação de igualdade democrática, por meio da justiça contida nas suas

instituições sociais, tutelando o direito de todas as pessoas se favorecerem dos benefícios da colaboração social.

Rawls desenvolve a sua parábola do contrato social a fim de alcançar este objetivo. Para tanto, imagina as pessoas todas reunidas no que ele chama de posição original. Nessa posição as pessoas estão cobertas pelo véu de ignorância e, em função disso, não sabem sua posição na sociedade, ou seja, o seu *status* social, também não são conhecedoras das habilidades pessoais (físicos e mentais) distribuídas entre elas.

O filósofo John Rawls enumera dois princípios de justiça como equidade: o princípio da liberdade igual, que garante igual sistema de liberdades e direitos o mais amplo possível, sendo a liberdade igual a todos os indivíduos, e o princípio da diferença que assegura que as eventuais desigualdades econômicas na distribuição de renda e riqueza somente são aceitas caso beneficiem especialmente os menos favorecidos, em ambos, nenhuma vantagem pode existir moralmente se isto não beneficia aquele em maior desvantagem (RAWLS, 2003b, p. 67).

O primeiro princípio, da liberdade igual, concerne à ampla quantidade de liberdades básicas de uma pessoa, entendido como um cidadão participante de um estado de direito. São, portanto, os direitos de primeira dimensão (direitos políticos – votar e ser votado – de expressão, de reunião, de propriedade privada, liberdade de religião etc.). De acordo com o primeiro princípio, essas liberdades devem ser iguais a todos os sujeitos.

Adotando como marco teórico as ideias de John Rawls e esquadrihando alguns argumentos da sua doutrina, pode-se chegar à conclusão de que existe um papel inclusivo e de tolerância da diversidade religiosa nos estados democráticos liberais no seu pensamento, pois todos devem ter igual liberdade, inclusive a liberdade religiosa.

3.1 SISTEMA EQUITATIVO DE COOPERAÇÃO

O filósofo John Rawls parte da ideia de que a sociedade deve ser organizadora em um sistema equitativo de cooperação entre pessoas livres e iguais. A sociedade é um empreendimento cooperativo que visa vantagens mútuas, mas também marcada por conflito, já que muitos querem mais benefícios que outros. É mister que a sociedade tenha um conceito de público de justiça. Para isso, é importante que: todos aceitem e saibam que os outros concordam com os mesmos princípios de justiça e as instituições sociais básicas cumpram os princípios estabelecidos. É a crença da reciprocidade no trato entre as pessoas e a certeza nas instituições sociais que preservam a sociedade como um empreendimento cooperativo. O problema é que, na sociedade concreta, cada grupo tem seu entendimento do que é justo ou injusto, mas é necessário buscar certo consenso nos princípios visando obter direito e deveres em comum (RAWLS, 2003b, p. 3-5).

A sociedade ordenada é baseada no bem comum, na concepção pública de justiça e no consenso da concepção pública de justiça. As escolhas dos membros da sociedade devem ser as mais eficazes possíveis para todos. Para isso é necessário que eles desconheçam sua situação em relação a todos os atributos e necessidades que possam ter. Não é permitido que tenham informações sobre sexo, nacionalidade, classe social, projetos de vida e aspirações. Dessa forma os princípios serão escolhidos de maneira a favorecer a todos indistintamente. Entretanto, apesar desse desconhecimento sobre a situação de cada um, é importante saber os princípios que favoreçam alguns (RAWLS, 2003b, p. 20).

3.1.1 Véu da ignorância

Rawls faz uma descrição metafórica acerca do chamado *véu da ignorância*. Segundo o filósofo, esse véu é a barreira contra o uso de interesses particulares na escolha dos princípios da justiça, o que define a denominada *posição original*. É como se os envolvidos tivessem de fazer um contrato acerca das estruturas sociais básicas, definindo, por exemplo, as liberdades que a sua sociedade permitirá e a estrutura econômica que irá aceitar, mas sem saber que papel elas próprias irão ocupar na sociedade.

Sob essa ótica, as decisões devem ser tomadas sob o véu da ignorância, ou seja, os envolvidos não podem saber se as crenças defendidas pelas pessoas que representam constituem uma visão majoritária ou minoritária.

No âmbito das questões religiosas, não se pode correr o risco de permitir menor liberdade de consciência a religiões minoritárias. Por isso, o pensamento dos que professam uma religião majoritária ou dominante ou mesmo uma fé minoritária deve estar sob o véu da ignorância, a fim de evitar a tendência de pender para o lado ao qual pertence (RAWLS, 2011, p. 368).

Sob o véu da ignorância é importante entender que haverá muitas pessoas que não examinam as crenças e fins que adquiram, e sim que entendem como uma questão de fé, e que talvez se satisfaçam em pensar que essas são questões de costume e tradição. Elas não devem ser criticadas e desrespeitadas em razão disso, pois, para o liberalismo não deve existir uma avaliação política ou social das concepções do bem que estejam dentro dos limites permitidos pela justiça (RAWLS, 2011, p. 372). Portanto, o conceito rawlsiano comunga com a ideia de um Estado Não-Confessional liberal democrático.

3.1.2 Tolerância religiosa

A doutrina rawlsiana busca a coexistência entre cidadãos religiosos e seculares, prega que podem ser introduzidos na discussão política pública, ambos os argumentos, contanto que sejam propostos, no devido momento, razões políticas adequadas e não razões dadas unicamente por doutrinas abrangentes para sustentar seja o que for que se diga que as doutrinas abrangentes introduzidas apoiam (RAWLS, 2011, p. 37-38).

É importante que na posição original todos de forma neutra optem por tutelar tanto o interesse dos religiosos (católicos, evangélicos, protestantes e outros), como dos seculares (ateus, agnósticos e outros).

Rawls (2003a, p. 196) dá o exemplo de pessoas que gostam de ver outros em situação de liberdade menor. “O prazer que se sente com as privações alheias é errado em si mesmo: é uma satisfação que requer a transgressão de um princípio com o qual concordaria na posição original”, não é correto restringir a liberdade do outro. É necessário desconsiderar preconceitos enraizados e aceitar o diferente.

4 PROTEÇÃO A DIVERSIDADE DE CRENÇAS RELIGIOSAS

São inúmeras as crenças religiosas, mas existem algumas situações em que ocorrem restrições gratuitas que trago a discussão: a) a guarda do sábado; b) a utilização de burca e c) a circuncisão dos judeus.

4.1 A GUARDA DO SÁBADO

Após a libertação do cativo egípcio, no século XV a.C., Moisés escreve o livro de Êxodo. Logo no início da peregrinação pelo

deserto, segundo a narrativa do patriarca israelita, Yahweh fez com que o povo parasse no monte Sinai para lhes dar Suas leis e firmar a aliança. Ao terminar as instruções sobre a construção do tabernáculo, Yahweh mencionou o descanso sabático, destacando sua santidade, observância incondicional e função distintiva. Assim, historicamente e no contexto específico, destaca-se o sábado como sinal da aliança com Yahweh e seu povo (LIIDTKE, 27).

Seguindo a tradição judaica, diversas crenças religiosas preservam o princípio da guarda do sábado,² que compreende o período de pôr-do-sol de sexta-feira ao pôr-do-sol de sábado.³ No mundo são várias as religiões que guardam o sábado, a exemplo da Igreja Adventista do Sétimo Dia; Igreja Adventista da Promessa; Igreja Batista do Sétimo Dia; Assembleia de Deus do Sétimo Dia; Congregação Cristã do Sétimo Dia; Igreja Cristã Nova Vida do Sétimo Dia; Igreja Nova Vida de Deus do Sétimo Dia; Igreja Evangélica Internacional dos Soldados da Cruz de Cristo; Igreja de Deus do Sétimo Dia; Igreja Cristã Bíblica Adventista; Ministério Adventista Bereano; Igreja da Comunidade Ahtanum; Igreja Católica Ortodoxa Americana do Sábado; American Society Missionary; Igreja Ministério Ungido Sábado; Missão Halleluyah; Ministérios Hatikure; Igreja dos Israelitas; Ministério as raízes hebraicas; Santa Igreja de Cristo dos Mandamentos de Deus; A Igreja Hevener e várias outras.

Alguns desses almejam o ingresso em cargos, empregos e funções públicas. No entanto, o acesso como regra⁴ se dá por concurso

² Seis dias trabalharás, e farás toda a tua obra. Mas o sétimo dia é o sábado do Senhor teu Deus; não farás nenhuma obra, nem tu, nem teu filho, nem tua filha, nem o teu servo, nem a tua serva, nem o teu animal, nem o teu estrangeiro, que está dentro das tuas portas. Porque em seis dias fez o Senhor os céus e a terra, o mar e tudo que neles há, e ao sétimo dia descansou; portanto abençoou o Senhor o dia do sábado, e o santificou (Bíblia Almeida Corrigida e Revisada. Êxodo 20:9-11).

³ Viu Deus que era boa a luz; e fez Deus separação entre a luz e as trevas. E Deus chamou à luz Dia; e às trevas chamou Noite. E foi a tarde e a manhã, o dia primeiro (Bíblia Almeida Corrigida e Revisada. Gênesis 1:4,5)

⁴ A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego,

público, que repetidas vezes é realizado no dia de sábado. As soluções são diversas: A Administração não permite a participação no concurso, alegando que qualquer discriminação seria um privilégio a determinado grupo religiosa; É utilizado como alternativa a técnica do confinamento, na qual o candidato fica recluso e incomunicável até o crepúsculo e A participação em outro dia, quando há várias datas possíveis para participação no certame, como no caso de uma prova oral de concurso realizada em diversos dias. O Conselho Nacional de Justiça decidiu que candidato adventista do sétimo dia, religião que guarda o sábado, não poderia realizar certame para ingresso na magistratura pela técnica do confinamento, vejamos a ementa:

1. Adoto o bem lançado relatório do Conselheiro Fabiano Silveira, *in verbis*:

O requerente, candidato no concurso para Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, classificado para a segunda fase do certame, requer condição especial para realização da prova discursiva, invocando sua crença religiosa, que considera o sábado um dia santo, dedicado à adoração a Deus.

Afirma que sua convicção religiosa não permite atividades cotidianas desde o pôr do sol de sexta-feira até o pôr do sol de sábado, porém seu pedido para realizar a prova em horário diverso foi negado pela comissão do concurso.

Discorreu sobre a proteção constitucional à sua liberdade de crença e que pretende apenas iniciar a prova após o pôr do sol, ficando incomunicável até este horário.

Solicitei informações ao Tribunal que, em resposta, juntou a decisão exarada em outro pedido idêntico, onde foi indeferida a pretensão do candidato, sob o argumento de que a realização de provas em horários diferenciados fere os princípios da legalidade e da impessoalidade, consoante decidiu o STJ.

[...]

4. Dessa forma, seguindo o precedente desta Casa, bem como a jurisprudência da Suprema Corte, a medida liminar, apesar de o candidato já ter realizado a prova, não deve ser ratificada para manter alinhadas a jurisprudência deste Conselho com a do STF.

5. Ante o exposto, divirjo do Conselheiro Relator e voto pela não ratificação da liminar. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (CF/88, art. 37, I) (BRASIL, 1988).

Antes mesmo do julgamento do mérito do aludido PCA, adveio à informação de que o candidato requerente fora reprovado na segunda fase do certame, cessando sua trajetória no concurso, o que, deveria resultar na perda de objeto do Processo de Controle Administrativo, em virtude da eliminação do candidato.

No entanto, o Ministro Ricardo Lewandowski, a época Presidente do Conselho Nacional de Justiça, em inacreditável atuação discriminatória, digladiou com a então Corregedora-Nacional de Justiça Ministra Nancy Andrichi, que entendia ser competência de cada tribunal deliberar sobre o tema, o Ministro Ricardo Lewandowski iniciou o debate e proclamou a perda de objeto, mas não sem antes enfatizar que não seria dado aos tribunais adaptar os concursos as distintas religiões, em obséquio ao princípio da eficiência.

Ora, um Estado Laico, ao adotar tal postura acaba criando cidadãos de “segunda classe”, que não podem concorrer em concursos públicos por conta de sua religião, em nítido prestígio à imensa maioria que é adepta a religião que “venera” outro dia como sendo o de guarda (CAMPOS, 2014). Não há qualquer prejuízo na técnica do confinamento, não existe vantagem em ficar “preso” por horas para só depois realizar um teste, pelo contrário requer esforço maior para obter o êxito no certame, qual o problema em tal técnica, não há outra explicação senão preconceito religioso, que caracteriza violação ao direito fundamental a liberdade religiosa.

4.2 A UTILIZAÇÃO DE BURCA

Outro tema interessante é a utilização da burca como expressão da liberdade religiosa, “a burca é uma veste feminina que cobre todo o corpo, até o rosto e os olhos. É usada pelas mulheres do Afeganistão e do Paquistão, em áreas próximas à fronteira com o Afeganistão.”

(SEGURA, 2017). Em 11 de abril de 2011 entrou em vigor na França lei que proibiu a utilização do niqab em espaços públicos, com aplicação de multa de 150 euros e/ou lições de cidadania, em caso de desobediência. O fundamento da regra é a liberdade da mulher, preservação do Estado Laico e proteção da segurança nacional. O Presidente Nicolas Sarkozy afirmou que “a cidadania deve ser vivida com a face descoberta.” No dia 16 de setembro de 2013 o juiz Peter Murphy do tribunal de júri de Londres, na Inglaterra proibiu uma mulher muçulmana de depor usando niqab (véu que deixa apenas os olhos a mostra), pois entendeu que é não se pode depor com o rosto coberto (PINHEIRO, 2013).

O Xequie Al-Khazraji, líder religioso do Centro Islâmico no Brasil, disse que “a muçulmana usa o véu não por uma opção, escolha ou simplesmente por que acha que é bonito, e sim por uma obrigação religiosa, e isso deve ser respeitado, assim como também devem ser respeitadas todas as outras religiões.” (SEGURA, 2017).

Uma jovem muçulmana entendeu que a lei viola a liberdade religiosa e buscou a invalidação da lei junto ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, alegando a violação da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

O tribunal por 15 votos contra 2 deu o veredicto favorável a França, a decisão afirma que “a preservação das condições de convivência é um objetivo legítimo” das autoridades francesas, que dispõem a esse respeito de uma “ampla margem de análise”, mas um exemplo de intolerância religiosa, não há prejuízo para sociedade no fato de mulheres cobrirem o corpo, faz parte de suas crenças consiste na exteriorização da sua liberdade de crença religiosa.

4.3 A CIRCUNCISÃO DOS JUDEUS

Os judeus observam a prática da circuncisão, que consiste em um procedimento cirúrgico, no qual é removido o prepúcio, a pele que recobre a glândula do pênis, geralmente realizada em crianças, a prática religiosa é fundamentada na aliança entre Abraão e Deus relatada no livro bíblico de Gênesis,⁵ *in verbis*:

A circuncisão será o sinal do nosso contrato. É prova de que você e os seus descendentes aceitam o meu contrato. A circuncisão será feita quando o menino tiver oito dias. E todas as pessoas do sexo masculino terão de ser circuncidadas. Isto vale também para os escravos. Tanto para os nascidos em casa, como para os comprados de fora. Este regulamento é permanente para todos os seus descendentes. Quem não obedecer, será cortado do povo dele. Porque desobedeceu aos termos do meu contrato. Quebrou a minha aliança!

Na região de Colônia, na Alemanha, um Tribunal que a circuncisão por motivos religiosos é lesão corporal, por isso deve ser proibida, entendeu que entre a integridade física da criança e a liberdade de religião dos direitos dos pais. Deve prevalecer a integridade física da criança, tais argumentos são falaciosos, pois desde que tomados os cuidados necessários para saúde, não há prejuízo à integridade física da criança, mas um caso de intolerância religiosa (TRIBUNAL..., 2012).

A prática da circuncisão apresenta inúmeros benefícios, principalmente quando realizada na infância: a) evita as infecções urinária; b) impede infecções no pênis; c) redução do câncer peniano (cerca de 1 caso a cada 100.000, quando a circuncisão é realizada na infância); d) diminuição do câncer do colo do útero nas parceiras; e) proteção contra as doenças sexualmente transmissíveis – DST (PINHEIRO, 2018). Uma vez que o prepúcio é removido se torna mais

⁵ Bíblia Viva. Gênesis 17:11-14.

difícil a entrada de HIV no corpo do homem, porque, na superfície da pele de Langerhans, existem células com alta afinidade para capturar o HIV e outras infecções, tais como papilomavírus e o vírus do herpes tipo 2. Ao realizar a circuncisão masculina a pele mais vulnerável é removida, assim, resta uma pele mais espessa (glande), que é mais resistente a lacerações e à exposição à patógenos (PEREZ TAURIAX, 2015).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por isso, é cogente que o Estado promova a tolerância religiosa, materializada em ações afirmativas e de inclusão social, visto que “a constituição assegura a liberdade dos crentes, porque toma a religião como um bem valioso por si mesmo, e quer resguardar os que buscam a Deus de obstáculos para que pratiquem os seus deveres religiosos.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 409-410).

Os casos enumerados são apenas algumas situações em que não há prejuízo à sociedade, mas de forma gratuita é tolhido o exercício da liberdade religiosa por questão de intolerância, o que afronta a Constituição Brasileira.

Não é possível utilizar o argumento de que o Estado é Laico para violar a liberdade de qualquer crença religiosa, pois justamente este fato faz com que seja imperiosa a proteção das diversas crenças religiosas, como a guarda do sábado, a utilização da burca, a circuncisão dos judeus dentre outras.

A título de exemplo prático a Lei Estadual n. 11.229/99 de Santa Catarina tutela a liberdade religiosa dos guardados do sábado, fixando alternativas em caso de concursos ou aulas que recaírem em data que coincida com o dia de guarda, em respeito à determinação constitucional de uma prestação alternativa.

Para John Rawls o estado deve garantir as liberdades básicas, dentre estas está à liberdade de religião. Por isso, o papel do Estado deve ser ativo na proteção desse direito fundamental, realizando inclusive políticas públicas para que todas as crenças possam ser exteriorizadas, em respeito ao determinado na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNAMO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BARBOSA. Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: [s.n.], v. 4. t. 1, 1877.
- BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. *Constituição política do império do Brazil (de 25 de março de 1824)*. Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Rio de Janeiro, 1924. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 02 jul. 2017.
- BRASIL. *Constituição: República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAMPOS, Wilson Knoner. Intolerância religiosa no CNJ: retrocesso. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 19, n. 4100, 22 set. 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Carta africana dos direitos dos direitos humanos e dos povos de 1970*. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pedido de Providências n. 0003657-86.2014.2.00.0000*. Relator: Fabiano Silveira. Sessão 195. Julgamento em 16 set. 2014.

CROUZET, Denis. *La Nuit de la Saint-Barthélemy. Unrêveperdu de la Renaissance*. Paris: Fayard, 1994.

DIREITOS HUMANOS NO ISLÃ. *Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos de 1990*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa*. Tradução P. Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LEE, Bruno. Estado laico não é ateu ou agnóstico, diz Ives Gandra Martins. *Consultor Jurídico*, 21 maio 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-21/estado-laico-nao-ateu-ou-agnostico-ives-gandra-martins>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

LIIDTKE, Daniel Herberth Alves. Sábado: Sinal perpétuo entre Yahweh e os filhos de Israel: Um estudo exegético de Êxodo 31:17. *Revista Unasp*, v. 4, n. 1, 2008. Disponível em: <<https://revistas.unasp.edu.br/kerygma/article/view/243>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTEIRO, Bentes Rodrigo. As Reformas Religiosas na Europa Moderna. *Varia História*, Belo Horizonte, v. 23, n. 37, p. 130-150, jan./jun. 2007.

MONTEIRO, Rodrigo Bentes; RAMUNDO, Walter Marcelo. O estado de Bodin no estado do homem renascentista. *Revista de História*, Paulo: Humanitas, n. 152, p. 189-214, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Proclamada pela Assembléia Geral das nações Unidas a 25 de novembro de 1981. Disponível em: <<http://http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/paz/dec81.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

PEREZ TAURIAUX, Olivia et al. Folleto de circuncisión masculina como método de prevención del virus de la inmunodeficiencia humana y otras infecciones de transmisión sexual. *MEDISAN*, Santiago de Cuba, v. 19, n. 8, p. 1059-1066, ago. 2015. Disponível em: <http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1029-30192015000800015&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 19 jul. 2017.

PINHEIRO, Aline. Muçulmana não pode depor usando burca, diz juiz. *Consultor Jurídico*, 16 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-16/muculmana-mostrar-rosto-depor-decide-juiz-inglaterra>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

PINHEIRO, Pedro. *Circuncisão – riscos e benefícios*. 12 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.mdsaude.com/2011/05/circuncisao.html>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

RAWLS, John. *Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: WMF: Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.

SEGURA, Mateus Lini. Da proibição francesa ao uso de vestes islâmicas em seu território: medida protetiva diante da ameaça terrorista ou um atentado à liberdade individual? **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11346>. Acesso em: 13 jul. 2017.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Embargos Infringentes. *Ação Penal 470*. Manifestação no Plenário do Ministro Luis Roberto Barroso, em 11 jul. 2013.

TRIBUNAL alemão proíbe circuncisão em crianças. *Consultor Jurídico*, 01 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-01/tribunal-alemao-proibe-circuncisao-realizada-judeus-criancas>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

O LIMITE DA PROTEÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA E PSICOLÓGICA À LUZ TEORIA DE JOHN RAWLS

Sandro Zancanaro¹

I INTRODUÇÃO

O texto procura avaliar “O limite da proteção à integridade física e psicológica” durante a atuação estatal, especialmente no caso de processos criminais. Atualmente existe um impoite dilema sobre a realização compulsória de exames genéticos. O teste de DNA, esta notável descoberta do século XX, tem sérios reflexos no mundo jurídico. Contudo não existe regulamentação a respeito, sendo assim, cada magistrado decide conforme seu entendimento pessoal, sem nenhuma orientação legal. Para tanto o artigo procura abordar o tema de acordo com os trabalhos de John Rawls.

Ele analisará as Liberdades Básicas apontadas por Rawls, especialmente a Proteção contra a Opressão Psicológica e a Opressão Física (Integridade da Pessoa). O labor busca apontar se estas Liberdades Básicas podem ser de alguma forma restritas, limitadas, em face de outras Liberdades Básicas, de outros cidadãos. O texto investigará os principais assuntos relacionados com o tema enfrentados por Rawls em suas obras: Uma Teoria de Justiça, Justiça e Democracia e Liberalismo Político. Como o conceito de Justiça pode ser utilizado para harmonizar conflito de interesses.

O texto também aborda paralelamente os Princípios da Igualdade e da Diferença, apontados por Rawls, e como eles podem ser empregados para gerar uma sociedade justa e bem-ordenada. Como

¹ Especialista em Direito Público; mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Delegado de Polícia Civil.

devem ser efetuadas a distribuição de benefícios e privilégios. Segundo o autor, esta partilha deve ser feita sempre procurando favorecer os menos afortunados.

Neste diapasão, confrontamos os ideais de justiça com a realidade atual, de violência e insegurança. A sociedade está amedrontada. Ela exige cada vez mais uma resposta das instituições públicas. Esta situação põe em risco o Estado Democrático de Direito. Soluções comuns em Estados Totalitários, com arbitrariedade e com desconsideração do Direitos Fundamentais são apreciadas cada vez mais. Ademais, pelo desamparo e descrença nos órgãos públicos a coletividade busca cada vez mais realizar justiça com as próprias mãos, o que também suscita excessos e não se coaduna com uma democracia constitucional.

Devemos procurar soluções dentro da constitucionalidade e da legalidade, de forma clara e pública. Estas soluções devem ser efetivas e justificáveis dentro da soberania popular.

Para tanto, a obra de John Rawls pode nos socorrer na busca por respostas. Ele nos lembra que a Liberdade de um cidadão vai até onde começa a Liberdade de seu concidadão. Liberdades e Direitos inquebrantáveis para uma pessoa pode vir a afetar as Liberdades e os Direitos de outras pessoas, igualmente portadoras de privilégios. Devemos ponderar em cada caso concreto qual a solução mais razoável e adequada de acordo com os Princípios que regem o corpo social.

Destarte, este artigo procura propor que devem existir parâmetros para a limitação da Proteção à Integridade Física e Psicológica e que qualquer restrição deve ser precedida de autorização judicial. O texto lembra que uma postura intransigente, impedindo a ação estatal neste sentido em qualquer situação, pode gerar graves violações a Direitos Fundamentais de um número indeterminado de cidadãos, igualmente detentores de Liberdades Básicas. Restrições exíguas na Proteção à Integridade Física e Psicológica de algumas pessoas podem trazer enormes

benefícios para um imenso benefício na segurança e integridade pessoal inúmeras pessoas.

Por fim, o texto deixa claro que não se propõe a extinção de direitos adquiridos de forma tão árdua. O se defende é circunscrever algumas hipóteses em que uma mínima redução das Liberdades Básicas pode originar significativos benefícios a todos.

2 RAWLS E AS LIBERDADES

John Rawls foi um filósofo político americano do século XX (OLIVEIRA SILVA, 2017), nascido em Maryland. Suas obras mais conhecidas são *Uma Teoria da Justiça* (1971), *Liberalismo Político* (1993) e *O Direito dos Povos* (1999). Seus textos analisam os conceitos de justiça, de igualdade e de liberdade. Como podemos criar uma sociedade justa.

Em sua produção *Uma Teoria da Justiça* ele busca harmonizar os Princípios da Igualdade e da Liberdade. Inspirado nos textos de David Hume e Immanuel Kant. Ele também procura estabelecer temas complexos como a escassez e a igualdade de oportunidades. Para tanto, dá especial atenção a escolha dos princípios fundamentais que alicerçarão esta sociedade. A escolha deve anteceder a sua formação das instituições, em um momento que todos estão em uma situação de igualdade. Estes Princípios estabelecerão Direitos e Deveres.

Ele reanalisa a Teoria do Contrato Social, desenvolvida por Rousseau, estudando como podemos tornar as instituições públicas justas. Ele supõe um estágio inicial hipotético da sociedade em que os indivíduos escolheriam os princípios básicos que regularão a sociedade. As pessoas, ao escolherem estes princípios, estão em situação de igualdade, sob o “véu da ignorância” (RAWLS, 1997, p. 20). Ninguém sabe de antemão como será esta distribuição de oportunidades. Por isso, a escolha seria justa, por isso haveria consenso. A percepção do Contrato

Social é utilizada como forma de fundamentar a formação inicial para encontrar os Princípios que fundamentarão a sociedade. É importante salientar que o consenso é apenas para fixar os princípios básicos, não para se estabelecer um sistema de governo.

Os dois princípios básicos defendidos por Rawls (1997, p. 64), o da igualdade e da diferença: o primeiro estabelece Direitos e Deveres básicos para todos, empregando o conceito mais amplo possível de liberdade; e o segundo, desigualdades econômicas de autoridade, só se para beneficiar os menos favorecidos. A distribuição de riqueza não precisa ser igual, mas deve ser vantajosa para aqueles em situação mais difícil, o que para muitos é impossível.

Ele lembra que o conflito surge com a distribuição dos benefícios. Contudo, apesar das pessoas terem objetivos diversos, podem atingir uma convivência cívica. Devemos para tanto acreditar em instituições justas. Assim a estrutura da sociedade deve ser ordenada de forma a distribuir da forma mais justa possível Direitos e Deveres. Com a justiça conseguimos equilíbrio e evitamos os conflitos. Dito de outra forma, todos devem possuir as mesmas expectativas de sucesso, não apenas formalmente, mas substancialmente.

Ele também estabelece as Liberdades Essenciais, analisadas melhor adiante:

Liberdade política (o direito de votar e ocupar um cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, que incluem a *proteção contra a opressão psicológica e a opressão 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. (RAWLS, 1997, p. 65).

Restrições nas liberdades básicas só se justificam para permitir a convivência com outras liberdades (RAWLS, 1997, p. 17). Esta liberdade é muito mais completa que a liberdade natural. Esta prevê apenas uma

igualdade formal de oportunidades. O problema da liberdade natural é a distribuição arbitrária de bens, o que não se justifica do ponto de vista ético.

Outro texto muito conhecido é o Liberalismo Político (RAWLS, 2011, p. 635), na qual o filósofo procura aprimorar a sua tese inicial apresentada em *Uma Teoria de Justiça*, especialmente no que tange ao consenso. Esta condição de eficácia à Teoria da Justiça é muito criticada. Para tanto ele procura afastar o termo justiça dos conceitos de moral e ética, em razão do grande número de valores e posicionamentos existentes em uma sociedade livre e ordenada.

Neste texto um conceito importante é o da Razão Pública. Ela é definida como a forma de justificar decisões políticas. Para tanto, buscando o máximo de abrangência, exclui a atuação de associações privadas, como a religião. Esta razão é indispensável para manter uma sociedade bem ordenada e justa. Isto porque ao discutir elementos constitucionais e de justiça básica, não devemos utilizar doutrinas religiosas ou filosóficas, devemos, para alcançar o consenso, ou o mais próximo que pudermos desta abstração, nos fundar em verdades claras, acessíveis e razoáveis para todo o caso concreto. Devem ser utilizados valores que possam ser compartilhados pelos concidadãos.

A Razão Pública é uma característica da democracia, onde todos os cidadãos são iguais, eles exercem um poder coercitivo, uns sobre os outros, através da lei. As pessoas exercem o seu poder político pelo voto. Ademais, o poder deve ser exercido de acordo com uma Constituição, com princípios razoáveis e endossada pelos cidadãos. Uma vez endossadas não podemos mais fugir do poder estatal. Ele acaba decidindo uma série de questões de interesse coletivo, e para tanto, acaba afetando, limitando a liberdade individual.

Ele também procura a resposta para a pergunta, como encontrar soluções razoáveis compartilhadas pelos demais? Para Rawls (2011, p.

267) deve-se atender algumas condições. Uma delas Direitos e Garantias Fundamentais iguais de cidadania.

Rawls também lembra que em um regime constitucional a Razão Pública é externada pelo Supremo Tribunal. Esta corte é a interprete, ela serve à Razão Pública. Ele retira o entendimento da Constituição ratificada democraticamente, esta carta fixa os elementos essenciais da sociedade. O autor diz que a constituição é formada de Princípios, é a maneira do povo se governar. O Tribunal Máximo tem a função de proteger a lei suprema de um país. Deve-se salientar que esta corte deve evitar atender os interesses da maioria egoísta. Complementando, os juizes de todos os graus devem justificar suas decisões, buscando sempre a melhor interpretação, de forma clara, razoável e precisa. Eles não podem aplicar ao caso concreto a sua moralidade, nem os seus valores ou suas visões. Devem procurar sua justificativa na Razão Pública. Os Tribunais, finalmente, têm a função de educar a sociedade sobre os objetivos da Razão Pública. Mas cuidado, o filósofo chama a atenção de que a Constituição não é determinada pela Suprema Corte, mas pelo povo. Neste sentido, Emendas Constitucionais buscam ajustar a Magna Carta com novas circunstâncias sociais e políticas, corrigindo quando desvios ou inconcretudes.

Mas o autor apresenta uma crítica à Razão Pública, ela nos dá várias respostas corretas para uma mesma situação, como escolher a mais adequada? Embora as pessoas não tenham os mesmos valores não políticos, todos podem chegar a uma resposta viável, adequada ao caso concreto. Mas para os elementos essenciais da sociedade deve existir um consenso.

É claro que os limites da Razão Pública dependem das condições históricas e sociais, os cidadãos devem ser motivados a respeitar este ideal. A própria concepção de justiça acaba dando suporte a Razão Pública. As

pessoas tendem a cumprir um dever de civilidade. Estes limites não são dados pela lei, mas pelos cidadãos.

Nesta mesma obra, o Liberalismo Político, Rawls analisa a estrutura básica da sociedade. Para ele, esta estrutura apresenta as principais instituições que realizam a distribuição de direitos e obrigações. Neste ponto ele atenta para a distribuição de riquezas, alegando que mesmo quando as pessoas respeitam as regras que regem a troca de bens, pode haver injustiça. A “mão invisível” (1996, p. 438) frequentemente dirige o mercado para uma configuração oligopolista, que irá manter desigualdades. Liberdade igual significa iguais oportunidades. Todas as desigualdades geradas devem ser de forma a atender os anseios dos menos favorecidos.

Na sequência devemos abordar o tema anteriormente já apontado, que é a importância das liberdades básicas. A garantia da igualdade material depende fortemente da consolidação das liberdades políticas. Alguns governos totalitários defendem o contrário, que o pleno atendimento das necessidades básicas da população só seria atingido com uma limitação das liberdades políticas, assim eles terão mais capacidade de atender os anseios dos cidadãos. O autor é fortemente contrário a este pensamento, para ele isso não passa de uma falácia. Ele defende que o princípio da liberdade e igualdade deverão andar juntos. Vejamos o que Rawls (2002, p. 175) diz: “As liberdades básicas constituem um conjunto articulado de meios e possibilidades legalmente protegidos.”

Reforçando, ele explica que alguns Estados dão um mínimo social e acreditam que é suficiente para o procedimento democrático justo. Este entendimento atinge de forma substancial o espírito do conceito de justiça. Liberdades Políticas não são elementos de segunda categoria, são igualmente relevantes e necessitam, mais uma vez, guarita estatal. Do contrário, um Estado que não as respeite, pode ter diversas denominações, mas não pode ser chamado de democrático.

Assim, somente haverá justiça básica se os agentes tiverem liberdade para atingir seus fins, de uma forma ampla. Isto pode ser chamado de distribuição racional de recursos. Para tanto é essencial construir uma estrutura básica, só assim poderemos edificar uma sociedade justa e igualitária. O acesso justo aos bens permite que todo o cidadão tenha autoestima, algo tão escasso atualmente. Isto permite uma vida digna e o mais importante, alcançar a felicidade, pelo menos em episódios transitórios. O Estado não deve ficar satisfeito apenas fornecendo o mínimo para o cidadão, deve procurar atender todas as necessidades de sua população.

O primeiro princípio da justiça determina o seguinte: “Cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades básicas iguais para todos, que seja compatível com um mesmo sistema de liberdade para todos.” (RAWLS, 2002, p. 144).

Entre as liberdades básicas previstas para todos está a Proteção à Integridade Física da Pessoa (RAWLS, 1997, p. 65). Nesse sentido, os órgãos estatais, numa democracia, não podem utilizar todo o poder que lhe seja concedido para impor crenças, ideologias ou culturas, não pode servir para acabar com o pluralismo e a diversidade. O poder estatal, mais um vez, deve ser utilizado para permitir a coexistência pacífica das liberdades, não para impor um modelo político pretensamente correto ou adequado. Isto pois, mesmo em uma sociedade bem ordenada, gerará conflitos entre os diferentes grupos. Por exemplo, podemos citar: “[...] não podem correr o risco de dar menos liberdade de consciência às minorias religiosas baseando-se na possibilidade de que aqueles a quem representam tenham adotado uma religião majoritária ou dominante e que, assim, se beneficiarão de uma liberdade ainda maior.” (RAWLS, 2002, p. 170).

Neste sentido, a atuação estatal só se justifica em casos específicos, para que as diferentes visões de mundo possam conviver

pacificamente. Isto permite que todos desenvolvam suas capacidades, dentro de um sistema neutro, que não privilegie nenhuma corrente: “[...] uma liberdade básica só pode ser limitada ou negada a fim de salvaguardar uma ou várias das outras liberdades básicas.” (RAWLS, 2002, p. 150).

É importante salientar que nenhuma liberdade pode ser considerada de forma absoluta, pois dessa forma representaria a submissão de todas as outras liberdades em qualquer situação concreta ou hipotética. Para solucionar os conflitos Rawls (1997, p. 177) se socorre do que ele chama de um “sistema coerente”.

Dificuldades práticas, como falta de instrução ou falta de recursos financeiros não devem afetar a garantia estatal das liberdades básicas. O ideal de justiça deve ser cego quanto ao sujeito passivo da atuação estatal. Deve tratar da mesma forma o mais privilegiado e membro mais humilde integrante da sociedade (RAWLS, 2011, p. 77).

Ademais, o autor relembra que as partes, ao defenderem seus próprios interesses, não devem ultrapassar certos parâmetros razoáveis. Tal comportamento gera o risco de criar conflitos entre os diferentes grupos, com visões contrapostas. Liberdades Básicas relacionadas à pessoa devem sim ter uma proteção formal, limitando a atuação do Estado e de outros cidadãos. Isto é chamado de direito negativo. Esta legislação deve incentivar o apoio mútuo e a cooperação social.

Em tempos de grave crise institucional, não só no Brasil, mas dramaticamente em nosso território, muitas alternativas são propostas como solução, especialmente no que tange segurança pública. Algumas das propostas envolvem restrições em alguns Direitos e Garantias Fundamentais. Muitas delas também chamadas de Liberdades Básicas por John Rawls, como visto até então.

Alguns doutrinadores contrários a qualquer forma de relativização sempre afirmam que neste caso estaremos sucumbindo ao “canto da sereia” (MACHADO, 2017).

Um trecho do livro *Odisseia* (HOMERO, 1997) narra o momento que o barco de Ulisses, o protagonista, passava próximo da ilha de Capri, com muitas sereias. Ciente que o seu canto poderia afundá-lo, ele colocou cera no ouvido de seus marinheiros para que eles não fossem seduzidos. Mas ele, Ulisses, queria ouvir o maravilhoso canto das sereias. Para tanto, pediu que seus tripulantes o amarrassem no mastro e não o soltassem até estar distante da ilha. Eles não deveriam atender nenhum pedido dele, por mais desesperado que fosse. Só assim o herói conseguiu ouvir o canto da sereia e permanecer vivo.

Os que defendem as Liberdades Básicas de uma forma absoluta, afirmam que em épocas de crise institucional deve-se proteger com maior vigor os Princípios Básicos da Sociedade. O medo e o desalento, tão comuns em nossos dias, não podem ser instrumento para alterar de forma negativa privilégios conseguidos com de forma tão penosa durante a nossa história. O Estado tem plenas condições de proteger a sociedade como um todo sem limitar estes privilégios.

Segundo Rawls (1997, p. 177), o Sistema de Liberdade Básicas deve ser coerente e harmônico. Isto não se coaduna com liberdades/direitos absolutos.

Contudo, não se pode restringir alguns Direitos Fundamentais a fim de permitir que outros cidadãos, também titulares do mesmos Direitos, possam usufruir de suas Liberdades Básicas? Não se pode ponderar alguns valores no caso concreto de forma a concluir que em determinada situação o Direito da Coletividade deve prevalecer? Veja bem, não se quer aqui extinguir Direitos, mas sim encontrar um meio termo razoável em que não haveria grandes ofensas a um Bem Juridicamente Tutelado. Por outro lado, haveria enormes ganhos para a sociedade como um todo.

Uma das grandes descobertas científicas do século XX, o Exame de DNA, tem importantes reflexos no Direito do século XXI.

Pode-se imaginar uma situação em que para descobrir o autor de um crime violento seja necessário submeter compulsoriamente o suspeito ao exame de DNA. Dessa forma, pode-se encontrar o responsável por um delito, protegendo a sociedade da reiteração criminosa. Ademais, a simples responsabilização de um delinquente já serve como intimidação de possíveis futuros infratores.

Neste caso hipotético tem-se duas alternativas: proteger de forma absoluta a intimidade do acusado e impedir qualquer forma de teste obrigatório. Isto tem um custo para a segurança da coletividade. Por outro lado, pode-se permitir o exame compulsório dos suspeitos, de acordo com procedimentos legais, encontrando o real responsável por crimes violentos. Estas são as opções que se apresentam ao legislador e ao magistrado.

Quando se analisa o valor de cada cidadão em uma sociedade justa ele é sempre igual. Por isso, não se pode privilegiar um indivíduo em toda e qualquer situação. Da mesma forma que se tem os Direitos dos suspeitos, as Instituições Democráticas também têm responsabilidade com a coletividade vítima dos crimes. Ademais, o Estado não é um ente onipotente, com capacidade de resolver todas as violações do ordenamento sem ajuda da legislação e da tecnologia em certos momentos. Ele terá sua atuação bastante restrita sem uma margem que permita avançar sobre alguns Direitos Fundamentais em situações específicas, sempre com autorização ou acompanhamento direto do Judiciário, quando não for dele que emana a limitação.

Contudo, é importante salientar que sua conduta deve ser regrada, isto é muito importante. O Princípio da Legalidade para a Administração Pública, mormente quando restringe Direitos e Garantias Fundamentais, é em Sentido Estrito, conforme art. 37 caput da Constituição Federal (BRASIL, 1988). A Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. Meirelles (2005) define:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Como já dito, o importantíssimo Princípio da Legalidade não significa que não podemos restringir Liberdades Básicas dos cidadãos de nenhuma forma. Podemos citar como exemplo prático e muito frequente a Prisão Preventiva (BRASIL, 1941), que atinge o Direito de Locomoção, um dos mais relevantes Direitos de nosso ordenamento. Mesmo a vida pode ser tirada em casos específicos, visto que nossa Constituição permite a pena de morte em caso de guerra declarada, de acordo com o artigo 5º, inciso XLVII, alínea a (BRASIL, 1988).

Neste diapasão devemos abordar a Liberdade Básica à Proteção contra a Opressão Psicológica e a Opressão Física (integridade da pessoa). Aqui não se pode olvidar os casos de privação de liberdade e a submissão de exames corporais, questões muito importantes quando se estuda o Processo Penal, mas não só ele. Podemos imaginar a sujeição do suposto pai a um exame hematológico para confirmar a paternidade.

Afinal de contas, o corpo humano é um limite intransponível, não podendo ser utilizado pelo processo em nenhuma hipótese? Certamente a integridade corpórea é uma das fronteiras mais importantes à atividade estatal. Mas devemos nos perguntar se a legislação não admite nenhuma forma de violação do corpo humano?

Um preso no sistema carcerário no Brasil, ou em qualquer país do mundo, certamente sofrerá um abalo psicológico com esta nova situação de privação de liberdade. Em muitos destes lugares o risco a integridade física do detento é real. Nem por isso cogitamos extinguir com as penas privativas de liberdade. Pelo contrário, com a chancela do judiciário mandamos cada vez mais pessoas para estes locais de confinamento.

Rawls (2002, p. 144, 150) nos ajuda a solucionar este dilema, como apontado anteriormente, ensinando que uma liberdade básica deve ter uma ampla interpretação. Contudo, ela não deve ser irrestrita, ela deve estar limitada e harmonizada com a liberdade de todos os demais integrantes da sociedade. Um indivíduo não pode sobrepor a sua vontade a dos demais. Só assim pode-se conceber uma sociedade justa e igualitária. Assim como todos têm Direitos, como integrantes do tecido social também têm deveres a respeitar.

O autor reforça em sua obra que as diferenças só devem ser toleradas em nosso ordenamento se for para beneficiar os menos favorecidos. É importante salientar que as maiores vítimas da violência são as classes menos favorecidas. A integridade física e a psicológica não se adequam perfeitamente no Princípio da Diferença, pois este foi desenhado pensando na repartição de privilégios, não só patrimoniais. No caso em tela temos de um lado a submissão dos investigados a alguns procedimentos que causam um desconforto mínimo; do outro temos a segurança de toda a coletividade diretamente e, indiretamente, também a integridade física e psicológica desta. Só assim, respeitando criminosos e vítimas, pode-se falar em igualdade substancial. A legislação é muito rígida com os suspeitos/condenados, mas de uma forma geral, esquece do adequado tratamento dispensado às vítimas.

Há de se ressaltar que em várias hipóteses o legislador permitiu restrições às Liberdades Básicas como a Privacidade. Cita-se como exemplo a interceptação telefônica (BRASIL, 1996). Difícilmente pode-se imaginar uma invasão tão grande à intimidade de alguém do que ouvir as suas conversas particulares, como ocorre na interceptação telefônica, admitida em no ordenamento. Assim sendo, pode-se sim permitir restrições às Liberdades Básicas, desde que de uma forma regrada, dentro de limites e nas hipóteses previstas no ordenamento. Sempre realizada

sob o zeloso acompanhamento do judiciário, protetor dos princípios básicos que regem a sociedade.

Veja, a Proteção da Integridade Física e Psicológica do suspeito durante a persecução penal pode ser restrita de forma tênue. Tal medida pode contribuir na investigação da autoria, garantindo a proteção da coletividade como um todo, evitando que criminosos que praticaram crimes violentos voltem para a sociedade sem nenhuma sanção e aprendizado, praticando repetidamente crimes semelhantes. Neste caso a integridade física e a psicológica das vítimas será gravemente atingida.

Através desta interpretação pode-se tomar decisões que serão justificadas de uma forma que será aceita, senão por todos, pela maior parte da população. Este entendimento se coaduna com o defendido por Rawls.

Vive-se em um ambiente perigoso, em que existe variados risco a integridade física e psicológica. Neste contexto, os cidadãos clamam para que as instituições públicas o protejam. Atualmente, mormente no Brasil, o Estado não consegue dar uma resposta minimamente adequada em muitas localidades, deixando a população em desamparo. Esta omissão gera inúmeros conflitos ainda mais sérios, visto que a coletividade busca fazer justiça com as próprias mãos. Ela acredita que o contrato social, firmado hipoteticamente em um estado de ignorância coletiva foi quebrado. As Instituições Democráticas devem apresentar uma resposta eficaz, sem suprimir Liberdades Básicas do cidadão. No entanto, um mínimo de limitação será necessário, para garantir a paz social.

Cabe ressaltar que países desenvolvidos, considerados mais respeitadores dos Direitos Fundamentais que o Brasil, como os EUA, Alemanha e Inglaterra admitem a intervenções corporais de forma regrada (HADDAD, 2007). Não existe uma fórmula mágica, como dito o Estado não é onipotente, não possui um oraculo, precisa aproveitar de

alguns artifícios, legais e proporcionais, a fim de atingir o objetivo maior, que é a pacificação social.

3 CONCLUSÃO

Hodiernamente, exige-se cada vez mais eficiência dos órgãos públicos. A população está temerosa e clama por soluções rápidas e efetivas, especialmente no que tange a Segurança Pública. Se o Estado constituído não apresentar respostas razoáveis e adequadas, crescem a tendência de aceitar medidas extremas e não democráticas para deslindar esta vulnerabilidade. A insegurança gera inúmeros conflitos sociais e desordem.

Dessa forma, devemos procurar soluções dentro da legalidade, com clareza e publicidade. Uma resposta que possa ser juridicamente fundamentada e que tenha persuasão, senão sobre toda a população, pelo menos pela maior parte. Que os cidadãos envolvidos acreditem que aquela resposta aplicada seja justa e coerente.

Neste sentido, o estudo das Liberdades Básicas descritas por John Rawls, mormente a Proteção à Integridade Física e Psicológica, pode ser de grande valia. É importante salientar que essas Liberdades não são inexoráveis, não tem um caráter absoluto. Elas devem ser ponderadas no caso concreto. O renomado filósofo nos alerta que as Liberdades devem ser interpretadas de forma ampla, mas elas devem se harmonizar com as liberdades dos demais integrantes da comunidade. As instituições democráticas devem buscar soluções que nos levem a paz social e não gerem mais conflitos.

Descobertas científicas, como o exame de DNA, representam um enorme desafio ao Direito contemporâneo. Ele pode invadir de forma incisiva a intimidade das pessoas. Através do DNA podemos identificar pessoas e sua descendência e descobrir doenças, algumas delas anos antes

de manifestarem sintomas. Contudo o legislador e os magistrados não acompanham esta evolução. Permanecem numa interpretação fundada no século passado.

Entrementes o Estado não pode ignorar esta nova realidade técnica, de um mundo que evolui de forma alucinante. Mormente o Parlamento deve estabelecer regras claras a respeito, a fim de se beneficiar dessas inovações, sem lesionar liberdades básicas duramente conquistadas.

Concluindo, a proposta envolve a necessidade de se estabelecer parâmetros legais para a restrição. Ademais, também se propõe que estas medidas sejam claras e a execução acompanhadas pelos poderes públicos, sobretudo do Judiciário, a fim de se evitar arbitrariedades. Não se pode olvidar que esta obra não prega a abolição de direitos e liberdades, mas que em situações específicas estes cedam moderadamente perante outros direitos e liberdades igualmente relevante, e estes tenham um enorme ganho.

Só assim poderemos atender aos anseios populares de uma forma constitucional, com respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais, mantendo uma sociedade ordenada e pacífica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

BRASIL. Lei Federal n. 9.296/96. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A Constitucionalidade do Exame de DNA Compulsório em Processos Criminais e Propostas de sua Regulamentação. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 39, p. 216-253, 2007.

HOMERO. *Odisseia*. Tradução Carlos Alberto Nunes. Revisão Marcus Rei Pinheiro. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

MACHADO, José Roberto. *Direitos humanos: Princípio da vedação do Retrocesso ou Proibição de Regresso*. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso/>>. Acesso em: 30 maio 2017.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

OLIVEIRA SILVA, Walter Valdevino. *Uma breve biografia de John Rawls*. Disponível em: <<https://grupoeticaejustica.wordpress.com/textos/uma-breve-biografia-de-john-rawls/>>. Acesso em: 31 maio 2017.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

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

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*: investigação sobre sua natureza e suas causas. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 2.

PRINCÍPIOS ESTRUTURAIS DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL À LUZ DO UTILITARISMO E DO CONTRATUALISMO RAWLSIANO

Vinicius Secco Zoconi¹

I INTRODUÇÃO

A Filosofia é, antes de uma Ciência ou de um ramo do conhecimento humano, uma postura intelectual, de viés eminentemente reflexivo, ou seja, não prático, que se volta ao exame de questões humanas elementares, individuais e societárias, para sua compreensão analítica e argumentativa. Pela multiplicidade de temas enfrentados, que vão, *verba gratia*, da potencialidade do conhecimento humano – a epistemologia – à compreensão da funcionalidade do pensamento – a lógica, é comum segmentar-se o trabalho filosófico em grandes áreas, dentre as quais se encontra a Filosofia Política.

A Filosofia Política, por seu turno, volta-se ao exame da natureza gregária do ser humano, ou seja, de sua dimensão coletiva ou social, dentro da qual questões estruturais da sociedade humana são analisadas, em particular aquelas que guardam relação estreita com as figuras do Estado e do Direito. Desde o marco zero do pensamento filosófico, encontrado, ao menos no Ocidente, na cultura grega, as indagações relativas ao meio

¹ Especialista em Ciências Criminais; mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Promotor de Justiça.

social humano ocupam uma posição de destaque, particularmente a partir do pensamento atribuído a Platão.²

Ao longo dos séculos, a evolução do pensamento político-filosófico foi, ao mesmo tempo, impelida e amparada pela mutação da organização social das comunidades humanas, que percorreu um longo caminho construtivo entre as figuras das cidades-estados gregas e o Estado moderno. Nesse devir, tanto do pensamento, quando das formas sociais de organização, encontram-se obras de pensadores diversos, de matizes variadas e as vezes inconciliáveis, de Hobbes a Marx, dentre muitos outros.

No presente artigo, de abordagem essencialmente filosófica, porém com algumas correlações necessárias no plano teórico econômico, busca-se examinar, em termos relacionais, dois movimentos antagônicos do pensamento político filosófico, cada qual caracterizado por uma proposta principiológica estrutural para a organização social: de um lado, tem-se o utilitarismo; de outro lado, o contratualismo rawlsiano. Há um grande potencial prático-argumentativo nesse embate filosófico, pois, ao fim e ao cabo, muitas das questões que marcam a complexidade da sociedade contemporânea podem ser reduzidas ao perfilhar de um ou de outro desses princípios filosóficos, a revelar, por sua instrumentalidade

² *“Significó un viraje en la cultura y el pensamiento griegos que Platón interpretara la máxima ‘conócete a ti mismo’ en un sentido completamente nuevo. Esta interpretación introdujo un problema que no sólo era extraño al pensamiento presocrático sino que iba también mucho más allá de los límites del método socrático. Sócrates se ha acercado al hombre individual para cumplir con la exigencia del dios deífico, para cumplir el deber religioso de autoexamen y autognosis. Platón se dio cuenta de las limitaciones que llevaba con sígo el método socrático de investigación. Para resolver el problema tenemos que proyectarlo en un plano más amplio. Los fenómenos que encontramos en nuestra experiencia individual son tan varios, tan complicados y contradictorios que apenas si podremos explicarlos. Hay que estudiar al hombre, no en su vida individual, sino en su vida política y social. La naturaleza humana, según Platón, es como un texto difícil cuyo sentido tiene que ser descifrado por la filosofía, pero en nuestra experiencia personal este texto se halla escrito en caracteres tan menudos que resulta ilegible. La primeira labor del fisósofo habrá de consistir en agrandar estos caracteres. La filosofía no nos puede proporcionar una teoría satisfactoria del hombre hasta que no ha desarrollado una teoría del Estado. La naturaleza del hombre se halla escrito con letras mayúsculas en la naturaleza del Estado.”* (CASSIRER, 1967, p. 57).

argumentativa, a importância de se debruçar sobre o tema e mantê-lo sempre atual.

Para o desenvolvimento do artigo, a partir de uma argumentação crítico-descritiva, antes de se examinar o mencionado embate filosófico, lança-se o cenário teórico em que tal antagonismo será apreendido, apresentando-se o artifício argumentativo de John Rawls da posição original e do véu da ignorância, objeto do tópico seguinte. No tópico subsequente, adentra-se propriamente à compreensão do ideário contratualista e, com mais rigor, ao contratualismo rawlsiano e também à compreensão do ideário utilitarista.

2 O ARTIFÍCIO ARGUMENTATIVO DE JOHN RAWLS

Como apresentado na introdução deste artigo, o objeto primordial da presente pesquisa está nas potencialidades do embate teórico entre o utilitarismo e o contratualismo rawlsiano. Entretanto, antes de se perscrutar propriamente a significação político-filosófica de cada um desses movimentos, entende-se adequado posicionar tal antagonismo em vista de uma proposta reflexiva de John Rawls, construída essencialmente a partir das ideias de posição original e de véu da ignorância.

Em uma simplificação estrutural, é possível segmentar a proposta teórica de Rawls em dois pilares: no primeiro, o autor fixa pressupostos e condições para se atingir um cenário adequado – a posição original – para a deliberação coletiva acerca do conteúdo de uma organização societária; no segundo, o autor argumenta qual, em sua visão, seria o produto dessa deliberação coletiva, alinhando-se os alicerces desse consenso inaugural da vida social humana – os princípios da justiça.

Neste tópico, importa tão somente o primeiro desses pilares, o qual se sustenta teoricamente sozinho, dada a independência entre as

duas partes da teoria de Rawls. Assim sendo, registre-se, para a devida clareza argumentativa, que considerar o artifício argumentativo de Rawls como pano de fundo do embate entre utilitarismo e contratualismo – em particular, o contratualismo do próprio Rawls – não significa necessariamente qualquer precedência do pensamento deste autor sobre o pensamento utilitarista, já que é possível aceitar uma das partes da teoria rawlsiana sem necessária e automaticamente subscrever a outra.³

Logo, limita-se a exposição, neste segmento, a apresentar os conceitos-chaves para compreensão do cenário da posição original, pano de fundo da discussão que ganhará corpo no tópico seguinte. Entretanto, como será melhor descrito no tópico subsequente, a obra rawlsiana é marcada por um processo constante de reajustes e refinamentos, de modo que um mesmo conceito é, por vezes, lançado em mais de um de seus textos filosóficos. Em vista disso, no presente artigo, presente a instrumentalidade dos conceitos de Rawls para o tema de fundo, priorizam-se as últimas colocações do autor sobre os pontos a serem apresentados, colhidos da obra *Justice as Fairness: a Restatement* (2001), sem prejuízo de se retomar e aprofundar ideias trazidas em outros de seus trabalhos.

O referido autor é, como dito, um teórico da Filosofia Política e, nessa posição, fiel a sua proposta argumentativa, não busca examinar propriamente uma sociedade em concreto, em vista de seus problemas e da dinâmica real entre seus cidadãos, instituições e espaços. Pelo contrário, volta-se Rawls a um modelo teórico de sociedade, erigido a partir de algumas condições de funcionamento, denominado de sociedades bem-ordenadas. A consideração de uma sociedade em abstrato, ainda que passível de críticas, atende aos fins da proposta rawlsiana, pois, de um lado, afasta sua teoria de vícios de raciocínio casuísticos, impelidos pela

³ Nesse sentido e também a título de exemplo desse perfilamento teórico parcial com Rawls, tem-se Nussbaum (2013, p. 216-217).

realidade de uma determinada sociedade em concreto (a norte-americana, por exemplo), e, de outro lado, permite que seu modelo teórico seja posto à prova diante de sociedades em concreto que atendam às condições de funcionamento fixadas na definição de sociedades bem-ordenadas.

Esclarecidos esses pontos, é possível defrontar-se, de pronto, com o binômio teórico introdutório e fundamental de John Rawls – a posição original e o véu da ignorância.

A posição original é um “procedimento de representação” ou um “experimento mental” a partir do qual nós – “aqui e agora” – identificaremos o teor de um “acordo hipotético e ahistórico” firmado pelas partes, consideradas pessoas livres e iguais, e que tem por objeto “os primeiros princípios de justiça para a estrutura básica” da sociedade, do qual se extraem os “termos equitativos de cooperação” entre os membros dessa comunidade (RAWLS, 2003, p. 23-24).

Pela altíssima relevância do teor desse acordo, já que fixa os parâmetros essenciais da própria funcionalidade social, é imprescindível que o produto desse consenso inaugural seja verdadeiramente justo. Para garantir esse atributo da justiça, agrega-se como elemento desse “procedimento de representação” a circunstância de as partes exercitarem suas escolhas, na situação da posição original, sob o denominado “véu da ignorância”. Pelas palavras de Rawls (2003, p. 21-22), externa-se essa preocupação com a justiça do acordo e o emprego do véu da ignorância como garantia:

A teoria da justiça como equidade espera estender a ideia de acordo justo à própria estrutura básica. Deparamos aqui com uma grave dificuldade de qualquer concepção política de justiça que emprega a ideia de contrato, quer seja de contrato social ou não. A dificuldade é a seguinte: devemos determinar um ponto de vista a partir do qual se possa concertar um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais; mas esse ponto de vista tem de ser distanciado das características e circunstâncias particulares da estrutura básica existente e não ser distorcido por elas. A posição original, com sua característica que denominei de “véu de ignorância” (*Teoria*, § 24), inclui esse ponto de vista. Na posição original, não se permite que

as partes conheçam as posições sociais ou as doutrinas abrangentes específicas das pessoas que elas representam. As partes também ignoram a raça e grupo étnico, sexo, ou outros dons naturais como a força e a inteligência das pessoas. [...] Um dos motivos pelos quais a posição original tem de abstrair as contingências – as características e circunstâncias particulares das pessoas – da estrutura básica é que as condições para um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais sobre os princípios primeiros de justiça para aquela estrutura têm de eliminar as posições vantajosas de negociação que, com o passar do tempo, inevitavelmente surgem em qualquer sociedade como resultado de tendências sociais e históricas cumulativas. “A cada um de acordo com seu poder de ameaça” (ou com seu poder político, riqueza ou dons naturais *de facto*) não serve de base para a justiça política. Vantagens históricas contingentes e influências acidentais originadas no passado não deveriam afetar um acordo sobre os princípios que devem reger a estrutura básica do presente em direção ao futuro.

Não há como negar a elegância, pela simplicidade e precisão, da saída encontrada por John Rawls para justificar (no sentido de ‘tornar justo’) o produto do consenso original e estruturante da sociedade. O autor reconhece que os atos contratuais em geral tendem a se desvirtuar do valor da justiça por conta dos predicados circunstanciais que marcam cada uma das partes contratantes, sejam eles de origem pessoal (o sexo, a inteligência, a força etc.), familiar (a riqueza, a influência de familiares etc.) ou social (a classe social, os atributos valorizados pelo meio social etc.). Em vista disso, com o recurso do véu da ignorância, todas as partes são colocadas em um mesmo lugar-comum, alheias ao conhecimento das circunstâncias que potencialmente as diferenciam uns dos outros, de onde exercitarão as escolhas que levarão à estipulação dos princípios de justiça, regentes das estruturas básicas da sociedade.⁴ Segundo Rawls

⁴ A estrutura básica da sociedade é, para Rawls, o próprio objeto da justiça e, por conseguinte, o campo de incidência dos princípios da justiça. Não é demais lembrar que a estrutura básica da sociedade não se confunde com a estrutura do Estado, não obstante aspectos estruturais do Estado estarão contidas na estrutura básica da sociedade. Em suas palavras: “Para nós o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. Por instituições mais importantes quero dizer a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais.” (RAWLS, 1997, p. 7-8). Para a proposta deste artigo, há de se reconhecer que os acordos relativos ao direito a saúde integram a estrutura básica da sociedade, o que não parece ser uma afirmação conflitante com a teoria em consideração.

(1997, p. 147), “o objetivo é usar a noção de justiça procedimental pura como fundamento da teoria.”

Logo, a título exemplificativo, ao examinarem a questão da laicidade do Estado na posição original, as partes contemplariam duas alternativas: a primeira, do Estado laico, e a segunda, de um Estado confessional, a professar uma determinada religião (RALWS, 2003, p. 30; SHAPIRO, 2003, p. 123-124). Ora, por conta do véu da ignorância, as partes, pessoas livres e iguais, desconhecem sua posição em relação à religião (podem ser agnósticos ou ateus; podem confessar a religião oficial; podem confessar uma outra religião). Diante disso, ao exercitarem a escolha diante da questão posta, o indivíduo não será influenciado por essa circunstância pessoal e, por consequência, não estará inclinado a decidir em favor da alternativa que, em concreto, lhe geraria maior benefício na vivência social. Com isso, depura-se o processo decisório, de modo a dele se extrair a decisão que melhor atenda ao referencial da justiça, já que, ao fim e ao cabo, o que for decidido sujeitará a todos indistintamente. Nessa linha, Rawls afirma que “elas [as partes na posição original] devem escolher princípios cujas consequências estão preparadas para aceitar, não importando a qual geração pertençam.” (RALWS, 1997, p. 147).⁵

Cumprir apontar que a noção de véu da ignorância, ainda que cause alguma estranheza inicial, não é um parâmetro científico-argumentativo peculiar à obra de Rawls. Pelo contrário, no âmbito da Economia e da Matemática, particularmente no campo da Teoria dos Jogos, cuida-se de um pressuposto analítico comum. Nessa ambiência teórica, entende-se por “jogo” toda e qualquer situação, regida por regras e por um espectro de resultados possíveis, em que os “jogadores” devem

⁵ Linhas a frente, Rawls (1997, p. 149) afirma: “A avaliação dos princípios deve proceder em termos das consequências gerais de seu reconhecimento público e aplicação universal, supondo-se que todos obedecerão a eles. Dizer que uma certa concepção da justiça será escolhida na posição original equivale a dizer que a deliberação racional que satisfaz certas condições e restrições atingiria uma certa conclusão.”

tomar uma decisão isolada ou um conjunto de decisões sucessivas. Para bem compreender um “jogo”, uma das variáveis, ao lado da identificação dos jogadores e da relação das ações possíveis para cada um deles, está na compreensão de quais informações estão disponíveis para cada jogador. Em vista das informações disponíveis, os jogos podem ser classificados como: jogos de informação completa: todas as informações para a tomada de decisão estão presentes; jogos de informação incompleta: apenas uma parte das informações está ao acesso dos jogadores (PINHO; VASCONCELLOS, 2006, p. 246-248).

Em vista desses cenários, a Teoria dos Jogos busca estudar e estabelecer um procedimento racional para orientar os jogadores na tomada de decisão em cada modalidade de jogo, valendo-se, para tanto, de construções lógico-matemática. Exemplo conhecido de teoria nesse campo, ainda que pouco compreendido fora da Ciência Econômica, está no conceito de equilíbrio ou solução de Nash, cujo trabalho rendeu a John Nash, ao lado de Reinhard Selten e John Harsanyi, o prêmio Nobel de Economia em 1994.

Logo, a situação de incerteza, própria ao véu da ignorância, não é um atributo peculiar a ela (HARSANYI, 1975); pelo contrário, em situações ordinárias da vida individual e social, pessoas e instituições devem exercitar o seu poder de decisão em cenários de informações incompletas, sem que isso signifique abdicar de atingir seus interesses ou, no mínimo, de maximizar a proteção a eles conferida.

Veja, nessa perspectiva, que a situação do indivíduo na posição original não é de total ignorância, já que o véu somente faz cegos os aspectos circunstanciais que poderiam deturpar o processo decisório e maculá-lo de injustiças. De resto, as partes, pessoas livres e iguais, têm acesso a todos os demais conhecimentos necessários para exercitar um processo decisório racional e, como garantido pelo véu, justo. Ao examinar esse ponto, Rawls (1997, p. 147-148) afirma:

Na medida do possível, o único fato particular que as partes conhecem é que a sua sociedade está sujeita às circunstâncias da justiça e a qualquer consequência que possa decorrer disso. Entretanto, considera-se como um dado que elas conhecem os fatos genéricos sobre a sociedade humana. Elas entendem as relações políticas e os princípios da teoria econômica; conhecem a base da organização social e as leis que regem a psicologia humana. De fato, presume-se que as partes conhecem quaisquer fatos genéricos que afetem a escolha dos princípios da justiça. Não há limites para a informação genérica, ou seja, para as leis e teorias gerais, uma vez que as concepções da justiça devem ser ajustadas às características dos sistemas de cooperação que devem regular, e não há razão para excluir esses fatos.

Assim, na posição original, sob o véu da ignorância, porém com o acesso a tais conhecimentos gerais, as partes conduzirão um processo racional de escolha dos princípios de justiça. Para Rawls, os indivíduos atuam com base em uma “racionalidade mutuamente desinteressada”, em que cada indivíduo quer a satisfação de sua pauta de objetivos, mas sem necessariamente agir motivado pela busca de benefícios próprios ou prejuízos alheios.⁶

Além disso, na posição original, o processo decisório deve também partir da pressuposição de que a sociedade, cuja estrutura básica se busca regular pelos princípios da justiça, instala-se em um ambiente marcado por uma escassez moderada de bens e recursos. Veja que esse pressuposto está a serviço da racionalidade do processo decisório e, por duas razões

⁶ “O conceito de racionalidade invocado aqui, a não ser por uma característica essencial, é aquele conceito clássico famoso na teoria social. Assim, de forma genérica, considera-se que uma pessoa racional tem um conjunto de preferências entre as opções que estão a seu dispor. Ela classifica essas opções de acordo com a sua efetividade em promover seus propósitos; segue o plano que satisfará uma quantidade maior de seus desejos, e que tem as maiores probabilidades de ser implementado com sucesso. A suposição especial que faço é que um indivíduo racional não é acometido pela inveja”. Em vista disso, “a suposição da racionalidade mutuamente desinteressada, portanto, resulta nisto: as pessoas na posição original tentam reconhecer princípios que promovam seus sistemas de objetivos da melhor forma possível. Elas fazem isso tentando garantir para si mesmas o maior índice de bens sociais primários, já que isso lhes possibilita promover a sua concepção do bem de forma efetiva, independentemente do que venha a ser essa concepção. As partes não buscam conceder benefícios ou impor prejuízos umas às outras; não são movidas nem pela afeição nem pelo rancor. Nem tentam levar vantagem umas sobre as outras; não são invejosas e nem vaidosas.” (RAWLS, 1997, p. 154-155).

distintas, dão consistência interna à tese de Rawls. Por um lado, a escassez de recursos é a própria razão de ser da vida em sociedade, pois, se houvesse recursos infinitos, não enfrentaria o ser humano justamente as limitações que o fazem viver em grupos comunitários maiores.⁷ Por outro lado, tal pressuposto já poderia ser considerado incluído dentro do conhecimento geral acessível pelo indivíduo na posição original, já que a afirmação feita nada mais é do que dos elementos do binômio que marca a própria razão de ser de toda e qualquer teoria econômica: de um lado, a finitude de recursos, de outro lado, a infinitude das necessidades humanas.

Por fim, para esgotar a apresentação sucinta deste fragmento do modelo teórico de John Rawls, vale também firmar o conceito de sociedade bem-ordenada, no qual culmina toda a utilidade teórica da discussão acima: cuida-se de um sistema equitativo de cooperação, pautado por uma concepção pública de justiça, na qual cada cidadão aceita e sabe que os demais aceitam a mesma concepção política de justiça (os mesmos princípios de justiça); sabe ou, no mínimo, por bons motivos, acredita que a estrutura básica da sociedade (as principais instituições políticas e sociais) respeita esses mesmos princípios de justiça; tem um senso normalmente efetivo de justiça, que permite a cada um entender e aplicar os princípios de justiça, cumprindo seus deveres e obrigações (RAWLS, 2003, p. 11-12).

Em outras palavras, em uma sociedade bem-ordenada, os princípios de justiça, ou seja, o produto do consenso coletivo e cerne do contrato social, vale como critério regente simultaneamente da vida pública de cada cidadão, das relações entre os cidadãos na vida pública, do

⁷ “Em segundo lugar, há uma condição de escassez moderada implícita, para atender a uma ampla gama de situações. Os recursos naturais ou de outro tipo não são abundantes a ponto de tornarem supérfluos os esquemas de cooperação, e nem as condições são tão difíceis a ponto de condenarem empreendimentos frutíferos ao insucesso. Embora as ordenações mutuamente vantajosas sejam factíveis, os benefícios gerados por elas ficam aquém das exigências apresentadas pelos homens.” (RAWLS, 1997, p. 137).

funcionamento das instituições de maior relevo e, por fim, da relação entre tais instituições e os cidadãos. É nítida, portanto, pela funcionalidade dos princípios de justiça em uma sociedade bem-ordenada, a relação de seu conceito com a posição original.

Com essas breves linhas, tem-se exposto um ponto relevante da teoria contratualista rawlsiana, com os recortes estritamente necessários para o fio argumentativo que conduz o objeto do presente artigo. No próximo tópico, além de se avançar sobre o ponto fulcral da teoria de Rawls – os princípios da justiça em si, alinha-se também o viés principiológico utilitarista, força teórico-filosófica motriz da própria produção rawlsiana, atingindo-se o embate que marca o problema de pesquisa deste artigo.

3 PRINCÍPIOS ESTRUTURAIS DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL PARA O UTILITARISMO E PARA O CONTRATUALISMO RAWLSIANO

Como vislumbrado no tópico introdutório deste artigo, o objeto central da Filosofia Política é a dimensão coletiva ou social humana, ou seja, a compreensão da natureza gregária do ser humano, com todas as implicações necessárias à legitimação, construção, manutenção e funcionalidade de uma estrutura social devidamente organizada, a qual, ao menos desde o início da Idade Moderna, está concentrada na figura do Estado, tal como o concebemos até hoje.⁸ Inobstante, para a adequada percepção e compreensão da postura social do indivíduo, volta-

⁸ A Filosofia Política debruça-se sobre o binômio Sociedade e Estado, expressões relacionais cujo conteúdo evoluíram ao longo dos séculos. Segundo Bonavides (2000, p. 71, 73), “a expressão Sociedade, depois de haver sido usada pela primeira vez por Ferguson com o nome de sociedade civil (*civil Society*)”, se firma no uso político graças ao aparecimento da burguesia” e “o emprego moderno do nome Estado remonta a Maquiavel, quando este inaugurou *O Príncipe* com a frase célebre: ‘Todos os Estados, todos os domínios que têm tido ou têm império sobre os homens são Estados, e são repúblicas ou principados’.”

se também a Filosofia Política ao exame comportamental do ser humano, em busca de um referencial que equilibre os interesses individuais em vista dos interesses coletivos.⁹

Uma das principais correntes de pensamento da Filosofia Política é o contratualismo, assente, por exemplo, nos trabalhos desenvolvido por John Locke, a partir de sua obra *“Segundo Tratado sobre o Governo Civil”*, de 1690,¹⁰ e principalmente por Jean-Jacques Rousseau, em *“O Contrato Social”*, de 1762.¹¹ O eixo da abordagem contratualista, em uma redução

⁹ Não por outro motivo é, por vezes, difícil segmentar os planos analítico-filosóficos do indivíduo em sua singularidade e em suas relações intersubjetivas, como se vê, v.g., no imperativo categórico kantiano, em que ambos os planos são jungidos em uma mesma dimensão argumentativa.

¹⁰ “O homem nasceu, como já foi provado, com um direito à liberdade perfeita e em pleno gozo de todos os direitos e privilégios da lei da natureza, assim como qualquer outro homem ou grupo de homens na terra; a natureza lhe proporciona, então, não somente o poder de preservar aquilo que lhe pertence – ou seja, sua vida, sua liberdade, seus bens – contra as depredações e as tentativas de outros homens, mas de julgar e punir as infrações daquela lei em outros, quando ele está convencido que a ofensa merece, e até com a morte, em crimes em que ele considera que a atrocidade a justifica. Mas como nenhuma sociedade política pode existir ou subsistir sem ter em si o poder de preservar a propriedade, e, para isso, punir as ofensas de todos os membros daquela sociedade, só existe uma sociedade política onde cada um dos membros renunciou ao seu poder natural e o depositou nas mãos da comunidade em todos os casos que os excluem de apelar por proteção à lei por ela estabelecida; e assim, excluído todo julgamento particular de cada membro particular, a comunidade se torna um árbitro; e, compreendendo regras imparciais e homens autorizados pela comunidade para fazê-las cumprir, ela decide todas as diferenças que podem ocorrer entre quaisquer membros daquela sociedade com respeito a qualquer questão de direito e pune aquelas ofensas que qualquer membro tenha cometido contra a sociedade com aquelas penalidades estabelecidas pela lei; deste modo, é fácil discernir aqueles que vivem daqueles que não vivem em uma sociedade política. Aqueles que estão reunidos de modo a formar um único corpo, com um sistema jurídico e judiciário com autoridade para decidir controvérsias entre eles e punir os ofensores, estão em sociedade civil uns com os outros; mas aqueles que não têm em comum nenhum direito de recurso, ou seja, sobre a terra, estão ainda no estado de natureza, onde cada um serve a si mesmo de juiz e de executor, o que é, como mostrei antes, o perfeito estado de natureza.” (LOCKE, 1994, p. 132-133).

¹¹ “Suponho que os homens tenham chegado àquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza sobrepujam, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para se manter nesse estado. Então, esse estado primitivo já não pode subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse seu modo de ser. Ora, como os homens não podem engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não têm meio de conservar-se senão formando, por agregação, um conjunto de forças que possa sobrepujar a resistência, aplicando-as a um só móvel e fazendo-as agir em comum acordo. Essa soma de forças só pode nascer do concurso de muitos; mas, sendo a força e a liberdade de cada homem os primeiros instrumentos de sua conservação, como as empregará sem prejudicar e sem negligenciar os cuidados que deve a si mesmo? Essa dificuldade, reconduzindo ao meu assunto, pode enunciar-se nestes termos: ‘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. As cláusulas desse contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato que a menor modificação as tornaria inúteis e sem efeito, de sorte que, embora talvez jamais tenham sido formalmente enunciadas, são em toda parte

conceitual, está na busca de fundamentos para a justificação da sociedade politicamente organizada e dos poderes exercidos pelo corpo coletivo em face do indivíduo. Na hipótese dos contratualistas, a vida em sociedade, em alguma medida, gera restrições ao *status* de plena liberdade do indivíduo, assim considerado em um momento pré-sociedade; logo, para que essa intervenção do coletivo sobre o indivíduo seja legítima, além de gerar um incremento às próprias possibilidades da vida individual, deve haver um grande consenso, ainda que hipotético, sobre os termos que orientarão a estrutura social, consenso esse que repousa na figura (simbólica) de um contrato social.

O ideário contratualista mostrou-se um profícuo campo para o trabalho filosófico, dada a amplitude e sagacidade de sua proposta argumentativa, tendo encontrado eco, ainda que não como objeto principal de análise, em diversos outros pensadores:

De tal ordem é a preeminência dessa doutrina, que não será exagero dizer que a história do contratualismo é a história mesma da cultura jurídica individualista burguesa. Representando, de início, uma simples justificação, muitas vezes implícita, da origem e da autoridade do Governo (*pactum subjectionis*), a ideia do contrato social veio se transformando, aos poucos, na explicação originária da própria sociedade e do Estado (*pactum unionis civilis*), à medida que o individualismo se afirmava como tendência peculiar da época. Ao mesmo tempo, esse potenciamento da doutrina exigia explicações mais refinadas e sutis, de sorte que o primitivo contratualismo, que repousava sobre a crença na historicidade do “estado de natureza” (*contratualismo de caráter histórico*, que ainda é o de Grócio e de Locke) se converteu em uma explicação racional da ordem jurídica sobre um pressuposto de ordem psicológica (*contratualismo como pressuposto psicológico*, tal como no-lo apresentam Hobbes e Rousseau), para, afinal, sublimar-se em um mero pressuposto lógico, em uma ficção racionalista (*contratualismo de ordem lógica*, de Kant e Fichte). (REALE, 1942, p. 119).

as mesmas, em toda parte tacitamente admitidas e reconhecidas; até que, violado o pacto social, cada qual retorna aos seus primeiros direitos e retoma a liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual renunciara àquela. Bem compreendidas, essas cláusulas se reduzem todas a uma só, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, a toda a comunidade.” (ROUSSEAU, 1996, p. 20-21).

Além disso, há um apelo didático muito forte para a roupagem político-filosófica do contrato social, que, por sua elegância e simplicidade conceitual, torna-se facilmente apreensível a despeito de um maior conhecimento ou interesse pela Filosofia e seus temas, o que amplifica ainda mais sua profusão como elemento do conhecimento.

Entretanto, não se pode ignorar que, com a entrada do século XX, a temática do contrato social esvaneceu em alguma medida, um pouco por conta do esgotamento do tema, com a substituição progressiva pela proposta utilitarista de arranjo das estruturas sociais, outro tanto porque a própria Filosofia Política, nessa época, perdeu espaço de indagação filosófica para outros novos campos, em particular a Filosofia da Linguagem, da Matemática e da Lógica, a partir do pensamento, dentre outros, de Ludwig Wittgenstein, Ferdinand de Saussure e Bertrand Russell (SHAPIRO, 2003, p. 110-115). É diante desse panorama que se encontra a obra de John Rawls.

Rawls conseguiu, a um só tempo, trazer novamente para o centro do debate filosófico o ideário contratualista (VITA, 1992) e também nele inserir novos elementos argumentativos, em reforço à proposta reflexiva que marca essa corrente de pensamento: compreender a justificação e, mais do que isso, os próprios termos de um contrato social, como base do consenso para definir a estrutura social básica.

Não se pode ignorar, contudo, que a produção científico-filosófica de Rawls é um tanto peculiar, pois esse autor estabeleceu a base de seu pensamento em um conjunto de artigos escritos nas décadas de 1950 e 1960, que circularam pelo meio acadêmico por quase uma década, rendendo a sua produção diversas críticas. Em face delas, Rawls refinou e compilou o produto de seu pensamento, levando à edição, já no ano de 1971, da obra *“A Theory of Justice”*. Essa dinâmica, contudo, continuou nas décadas seguintes, com algumas reformulações da obra matriz (em 1975 e 1999) e também com achegos teóricos substanciais em

obras paralelas, como *“Political Liberalism”* (1993) e *“The Law of Peoples”* (1999), e alguns artigos de destaque, tal como *“Justice as Fairness: Political not Metaphysical”* (1985), culminando-se com a obra do ocaso de sua vida *“Justice as Fairness: a Restatement”* (2001).

Como já antecipado no tópico anterior, em uma simplificação estrutural, é possível segmentar a proposta contratualista de Rawls em dois pilares:¹² no primeiro, o autor fixa pressupostos e condições para se atingir um cenário adequado – a posição original – para a deliberação coletiva acerca do conteúdo de uma organização societária; no segundo, o autor argumenta qual, em sua visão, seria o produto dessa deliberação coletiva, alinhando-se os alicerces desse consenso inaugural da vida social humana – os princípios da justiça. O artifício argumentativo de Rawls é deveras atraente, porque ambos os pilares estão atrelados com firmeza.

A rigor, o principal argumento em favor da aceitação dos princípios da justiça, a quintessência do contrato social para Rawls, está na própria conformação do plano decisório, caracterizado pela ideia de posição original, a partir do qual se apresenta a aceitação dos princípios da justiça por ele alinhados como a opção mais racional para o indivíduo e para o grupo. A consequência do raciocínio rawlsiano é arguta: se a opção pelos princípios da justiça na posição original é a decisão mais racional a ser tomada pelos membros de uma coletividade, tal referencial passa a ser obrigatório na regulação concreta da vida em sociedade, funcionando para a fixação da estrutura social básica.

Apresentado, no segmento acima, o artifício argumentativo de Rawls da posição original e do véu da ignorância, deve-se enfrentar propriamente a compreensão do antagonismo teórico existente entre dois movimentos relevantes no âmbito da Filosofia Política: de um lado, o utilitarismo; de outro lado, o contratualismo rawlsiano.

¹² Dada a independência entre as duas partes da teoria de Rawls, é possível aceitar uma das partes sem necessária e automaticamente perfilhar a outra (NUSSBAUM, 2013, p. 216-217).

Há duas razões bastantes para essa opção analítica relacional. A uma, porque a obra de Rawls tem suas raízes na construção de uma crítica substancial ao utilitarismo (ou, no mínimo, a uma das correntes utilitaristas), modelo de pensamento vigente no âmbito da Filosofia Política ao tempo de seus primeiros escritos, ainda na década de 1950¹³; logo, há uma necessária conexão entre esses dois modelos que não pode ser ignorada, sob pena de se prejudicar a própria compreensão da teoria rawlsiana. A duas, porque no exercício político-filosófico que ora se propõe, nas decisões a serem tomadas na situação da posição original atrelada à estruturação da organização societária, o ideário utilitarista figurará como uma alternativa aos princípios da justiça de Rawls, cada qual desaguando em opções distintas de arranjo social.

Essa segunda razão também justifica o porquê de se discorrer, de modo fragmentado ou progressivo, sobre a teoria da justiça como equidade de Rawls: a posição original no tópico anterior e seus princípios de justiça aqui. Para a execução da proposta reflexiva ora exposta, instrumentaliza-se a teoria de Rawls para atingir dois fins diversos: primeiro, toma-se sua peculiar construção da posição original como cenário da apreciação e da decisão relativa à estrutura organizacional social; segundo, consideram-se seus princípios de justiça apenas como uma alternativa de arranjo social, contrapondo-se, até por sua relação histórica, com os princípios do utilitarismo, amplificando-se o campo de decisão coletiva na posição original.

¹³ Rawls (1997, p. 24-25), já no Capítulo I de sua obra “Uma Teoria da Justiça”, deixa clara essa conexão argumentativa com o utilitarismo: “Meu objetivo é elaborar uma teoria da justiça que represente uma alternativa ao pensamento utilitarista em geral e conseqüentemente a todas as suas diferentes versões. Acredito que o contraste entre a visão contratualista e o utilitarismo permanece essencialmente a mesma em todos os casos. Portanto, compararei a justiça como equidade com as conhecidas variantes do intuicionismo, do perfeccionismo e do utilitarismo a fim de mostrar as diferenças subjacentes da maneira mais simples. Tendo em mente esse objetivo, o tipo de utilitarismo que descreverei aqui é a rigorosa doutrina clássica que em Sidgwick tem talvez sua formulação mais clara e acessível.”

Postas tais considerações, segue a apresentação dos princípios estruturais da organização social para cada um dos movimentos contrapostos, buscando-se, desde já, o diálogo crítico e reflexivo entre eles.

Inicia-se pelo utilitarismo. Cuida-se de uma corrente teórica, com projeções na Filosofia, Economia, Sociologia e no Direito, inaugurada no final do século XVIII e início do século XIX, particularmente a partir do trabalho de pensadores ingleses, com o destaque, por sua primazia, à obra de Jeremy Bentham (*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, de 1789), ao que se seguiu a produção científica de John Stuart Mill (dentre outras, *Utilitarianism*, de 1863) e de outros, abrindo-se diversas matizes utilitaristas. O ideário utilitarista concentra-se no denominado “*principle of utility*” (princípio da utilidade) ou “*the greatest happiness principle*” (princípio da maior felicidade ou do bem-estar máximo), a partir do que uma profusão de aplicações é atingida, como, por exemplo, a construção do relevante conceito de utilidade marginal decrescente, proposta por Bentham (BRUE, 20013, p. 124-125). Pelo escopo do artigo, lança-se a apresentação do conceito nuclear dessa corrente teórica, particularmente em vista do que sustentado por seu patriarca – Jeremy Bentham.¹⁴

O princípio da utilidade parte de um pressuposto existencial humano, a saber: o indivíduo tem sua existência marcada por dois “poderosos senhores” – o sofrimento e o prazer, os quais, a partir de sua interação, governam todos seus pensamentos e ações. Em vista dessa inexorável consideração preliminar, basilar à própria psicologia comportamental dos indivíduos, Bentham (2000, p. 14-15) define

¹⁴ Não se pode ignorar que Bentham levou o princípio da utilidade às últimas consequências em sua teoria, atingindo conclusões que são difíceis de se subscrever; contudo, esse rigor e coerência de raciocínio na obra do autor estão à serviço de uma compreensão exauriente das potencialidades do princípio da utilidade, o que torna suas palavras bastante eloquentes e didáticas.

o princípio da utilidade, já no Capítulo introdutório de sua obra *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*:

III. By utility is meant that property in any object, whereby it tends to produce benefit, advantage, pleasure, good, or happiness, (all this in the present case comes to the same thing) or (what comes again to the same thing) to prevent the happening of mischief, pain, evil, or unhappiness to the party whose interest is considered: if that party be the community in general, then the happiness of the community: if a particular individual, then the happiness of that individual. [...] VI. An action then may be said to be conformable to then principle of utility, or, for shortness sake, to utility, (meaning with respect to the community at large) when the tendency it has to augment the happiness of the community is greater than any it has to diminish it.

Vê-se que, pela ótica de Bentham, o princípio da utilidade, por ser uma decorrência intrínseca da própria natureza humana, deve funcionar como critério de julgamento ou, no mínimo, de aferição, da justeza ou adequação de uma ação, perquirindo-se em que medida há um incremento às vantagens individuais ou, em termos mais amplos, à felicidade e ao prazer individual, e uma prevenção à dor e à infelicidade. Assim, quanto maior o bem-estar individual alcançado, maior é a conformidade com o princípio da utilidade.¹⁵

Formulado nesses termos, o princípio limitar-se-ia a explicar as ações individuais, em uma roupagem hedonista que pouco contribuiria para a compreensão de um modelo regulatório razoável da sociedade.

¹⁵ Segundo Carvalho (2007, p. 73-74), o ideário da felicidade como cerne da linhagem utilitarista encontra a resistência em filosofias morais alternativas, amparadas pela ética das virtudes, de origem em Aristóteles, ou pela ética kantiana: “Os utilitaristas costumam atribuir centralidade a noções tais como as de felicidade, prazer, bem-estar, satisfação de preferências, e a todas aquelas que denotam o que não poderia faltar em uma vida humanamente plena. Ademais, os utilitaristas em geral preconizam que devemos viver de modo a promover a maior quantidade total desses valores e a minimizar a dor, o sofrimento, a miséria, levando-se em conta não apenas os membros da espécie humana, mas todos os seres dotados de sensibilidade, potencialmente concernidos por nossas ações ou abstenções. As filosofias morais que se apresentam como alternativas ao utilitarismo – das quais as mais importantes parecem ser as éticas das virtudes e as éticas kantianas – entendem que a felicidade, por mais desejável que possa ser, não deve se constituir em preocupação fundamental do filósofo moral. Uma teoria de matriz kantiana, por exemplo, concede prioridade ao dever; assim, agir moralmente é agir por dever, é buscar o que é certo e não necessariamente o que traz felicidade. Em tais éticas, o justo ou o correto tem prioridade sobre o bom.”

Porém, Bentham amplifica o campo de incidência do princípio da utilidade, ao relacionar o interesse individual ao interesse coletivo e, por conseguinte, dar um aspecto social ao princípio:

IV. The interest of the community is one of the most general expressions that can occur in the phraseology of morals: no wonder that the meaning of it is often lost. When it has a meaning, it is this. The community is a fictitious body, composed of the individual persons who are considered as constituting as it were its members. The interest of the community then is, what is it?—the sum of the interests of the several members who compose it. [...] VII. A measure of government (which is but a particular kind of action, performed by a particular person or persons) may be said to be conformable to or dictated by the principle of utility, when in like manner the tendency which it has to augment the happiness of the community is greater than any which it has to diminish it. (BENTHAM, 2000, p. 15).

Ao reconhecer que a sociedade se define pela expressão dos interesses de seus indivíduos componentes, o princípio da utilidade, regente das ações individuais, passa a reger também a própria organização social. Assim, para que a estrutura social se conforme ao princípio da utilidade, as ações de governo devem buscar a maximização da felicidade ou do bem-estar de seus membros,¹⁶ ainda que tal postura produza o descontentamento ou a insatisfação dos interesses de alguns indivíduos.¹⁷ Veja que, como consequência, na estruturação do arranjo social sob o influxo utilitarista, deve haver uma margem de tolerância para a não

¹⁶ Carvalho (2007, p. 75), ao examinar o utilitarismo de John Stuart Mill e de Bentham, decompõe o princípio da utilidade em quatro subprincípios, a saber: “1. Consequencialismo: a qualidade moral das ações é função de suas consequências. [...] 2. Hedonismo: por consequências boas se entende a felicidade ou o prazer; por consequências más, a infelicidade ou a dor. [...] 3. Agregacionismo: ao avaliar ações, temos que somar as unidades de felicidade e de infelicidade e extrair a diferença. [...] 4. Maximacionismo: o utilitarismo apregoa que devemos optar por aquele curso de ação que produz o maior saldo líquido de felicidade, levando-se em conta todos os seres dotados de sensibilidade, afetáveis por nossas opções,” Em uma outra decomposição do utilitarismo, tem-se a percepção de Brett (1994, p. 59): “Utilitarians perceive society as rightly ordered, and therefore just, when its social institutions serve to maximise aggregate utility. Four Key features of utilitarianism are: 1) it has one goal (to maximize utility), 2) it is consequentialist (the rightness of an action depends on the consequences it produces), 3) it emphasizes equality (people interests are to weight equally), and 4) it appeals to rationality.”

¹⁷ “Utilitarianism is a “benevolent” theory. In evaluating the total effect that likely consequences have on overall welfare, utilitarians take account of everyone’s fate, including their own, thereby attributing equal weight to everyone’s interests. An individual may only be disadvantaged if doing so improves the welfare of others such that the individual’s loss is outweighed.” (BRETT, 1994, p. 60).

satisfação do interesse individual em benefício do interesse coletivo, vale dizer, o bem-estar da coletividade, por sua maioria de indivíduos, funcionará como justificativa para a frustração das expectativas de vantagens (felicidade, bem-estar) de indivíduos isoladamente considerados.

Destaque-se, outrossim, que o utilitarismo, pelo menos na perspectiva de Bentham e também de Stuart Mill, busca equilibrar o princípio da utilidade em suas projeções fundamentais – individual e coletiva, ao exigir que as consequências das ações individuais, ainda que tragam felicidade e satisfação imediata, sejam examinadas no longo prazo e em vista das repercussões para a coletividade, as quais indiretamente repercutirão também para os membros da sociedade. Essa equalização relacional utilitarista é bem enunciada por Carvalho (2007, p. 91):

Ademais, o utilitarismo de Mill – assim como o de Bentham – reconhece que devemos dar atenção às consequências de longo prazo de nossas ações e não apenas àquelas que resultam de imediato. Isso permite atenuar, quando não rechaçar, muitas das críticas dirigidas contra o utilitarismo, como a de que ele não estaria em condições de levar a sério os direitos individuais, os deveres de justiça, etc. Roubar e extorquir dinheiro, poderiam, à primeira vista, ser ações toleradas ou recomendadas pelo utilitarismo, caso se destinem, por exemplo, a saciar a fome de famintos. Todavia, se tais ações se tornarem costumeiras, a médio ou longo prazo elas gerarão insegurança na sociedade, o que produzirá um aumento considerável de infelicidade. A segurança é uma precondição para que a felicidade seja possível, e para nos sentirmos seguros é preciso que a sociedade seja governada por regras, de sorte que possamos saber com o que contar.

No campo teórico interno do utilitarismo, ainda que todos tenham como ponto de partida o princípio acima enunciado, há uma bifurcação argumentativa relevante: de um lado, há aqueles que, como Bentham e Sidwick, examinam a utilidade total decorrente do arranjo

social; de outro lado, há os que, como Mill,¹⁸ identificam a utilidade média como critério de cotejo.

Cuida-se, por evidente, de uma discussão relevante por diversos motivos, dos quais enunciaremos dois. A uma, porque, a depender de qual utilidade se considere, será possível ou não examinar qualitativamente a distribuição de bens em uma sociedade; de forma simplificada, vale dizer: na utilidade total, a distribuição interna dos bens entre os indivíduos de uma sociedade não apresenta tanto interesse, pois o que importa é tão somente o *quantum* final de utilidade atingido com o arranjo social; já na utilidade média, a alocação dos bens entre os indivíduos pode ser relevante, na medida em que se busca a média de utilidade fruída pelos membros da sociedade. A duas, porque o diálogo de Rawls com (*rectus* contra) o utilitarismo, em alguma medida, variará se considerado o utilitarismo clássico (utilidade geral) (RAWLS, 1997, p. 25-36, 200-211) ou o utilitarismo de média (utilidade média) (RAWLS, 1994, p. 162-190).

Essa é, em brevíssimas linhas, a pedra de toque do utilitarismo.

Evidentemente, a construção teórica dessa corrente avança e atinge corolários muito interessantes e relevantes à Economia e ao próprio Direito (BRUE, 2013, p. 124-126), muito embora alguns deles tenham sido criticados pela pretensão excessiva de objetivação ou exatidão de suas conclusões. No plano econômico, por exemplo, Bentham reconheceu na riqueza uma medida da felicidade ou bem-estar individual e concebeu a noção de utilidade marginal decrescente à medida que a riqueza de alguém aumenta, construção essa que pode funcionar como sustentáculo para políticas de redistribuição de renda (ainda que essa não tenha sido a conclusão de Bentham). No plano jurídico, ainda a título exemplificativo,

¹⁸ Ao lado dessa diferença, Mill também se opõe a Bentham a sustentar uma relação de precedência ou superioridade entre os prazeres, em uma espécie de “hedonismo qualitativo”, na expressão de Carvalho (2007, p. 83-88); além disso, Mill amplifica a noção de felicidade, fim último do princípio da utilidade, para nela incluir elementos de composição diversos, como a virtude, refutando um “hedonismo psicológico egoísta”, novamente na expressão de Carvalho (2007, p. 88-90, 100).

o compromisso teórico utilitarista com o bem-estar da maioria dos membros de uma sociedade gerou uma aproximação da obra de Bentham com o valor da democracia, particularmente com os predicados do voto universal (porém, ainda restrito aos homens) e secreto.

Apresentado o utilitarismo, avança-se para o contratualismo rawlsiano.

Como já dito, a força motriz, pelo menos em seu nascedouro, da teoria de Rawls é um levante contra o utilitarismo, especificamente o princípio da utilidade e seus corolários. As críticas de Rawls ao utilitarismo podem ser, em uma simplificação argumentativa, depuradas em dois aspectos de maior relevo.¹⁹

Em um primeiro aspecto, para Rawls, o princípio da utilidade não permite um exame cuidadoso e necessário dos interesses individuais, pois admite, com muita facilidade, a insatisfação do interesse de um (ou de uma minoria) em favor da satisfação máxima dos interesses do todo (ou da maioria). Essa relativização do indivíduo e de seus interesses, por conseguinte, afastaria as soluções utilitaristas do plano decisório examinado pelas partes na posição original.²⁰

¹⁹ “Rawls’s major criticisms of utilitarianism are: 1) that “utilitarianism does not take seriously the distinction between persons” and, 2) that utilitarianism wrongly defines the “right” in terms of the “good” when in fact “the concept of right is prior to that of the good”. These two criticisms lead Rawls to assert that utilitarianism fails to account for “common sense convictions concerning the priority of justice” and thus violates our moral intuitions.” (BRETT, 1994, p. 60). Para Gargarella (2008, p. 8), por sua vez, outra crítica relevante de Rawls ao utilitarismo está na contestação do bem-estar como “*aspecto da condição humana que requer atenção normativa*”. Para os utilitaristas, como a medida da utilidade é a felicidade individual, cada pessoa demandará a fruição de bens diversos para atingir a mesma quantidade de bem-estar. Contudo, como as pessoas são em parte responsáveis por seus gostos, sob a régua utilitária, abre-se o sistema a uma injusta distribuição dos poucos recursos sociais, pois buscará atender a gostos diversos, a depender das idiosincrasias. Em resposta, Rawls concebe e faz uma firme defesa da categoria dos bens primários, uma “medida objetiva, não subjetiva, na hora de determinar como distribuir os recursos da sociedade de modo justo, igualitário.”

²⁰ “Pode-se observar, porém, que uma vez que os princípios de justiça são considerados como consequências de um consenso original numa situação de igualdade, fica aberta a questão de se saber se o princípio da utilidade seria reconhecido. À primeira vista, parece pouco provável que pessoas que se veem como iguais, com direito a fazer exigências mútuas, concordariam com um princípio que pode exigir para algumas expectativas inferiores, simplesmente por causa de uma soma maior de vantagens desfrutadas por outros. Uma vez que cada um busca proteger seus próprios interesses, sua capacidade de promover sua concepção do bem, ninguém tem razão para aceitar uma perda dura-

Em um segundo aspecto, como antevisto visto acima, o utilitarismo é essencialmente marcado por um inerente consequencialismo, posto que a adequação das ações será sempre aferida em razão dos resultados atingidos – a maximização da felicidade individual ou coletiva. Rawls, por sua vez, rechaça a negação sistemática do utilitarismo ao reconhecimento de um mérito intrínseco às ações humanas, propugnando por uma concepção deontológica em substituição ao enquadramento consequencialista. Tal leitura crítica de Rawls enfrenta talvez o maior trunfo do utilitarismo enquanto proposta político-filosófica de arranjo social e um dos fatores primordiais de sua atração como critério decisório em discussões sociais:

De fato, implícita ou explicitamente, muitos de nós tendemos a favorecer soluções utilitaristas quando temos dúvidas sobre como decidir algum dilema moral. Por exemplo, tendemos a preferir as decisões que beneficiam uma maioria de pessoas quando não sabemos como decidir um certo caso; tendemos a considerar como aceitáveis aquelas políticas orientadas a promover o bem-estar geral. Agimos de modo “consequencialista” quando, com a finalidade de avaliar determinado curso de ação, examinamos o modo como tal ação contribui para a obtenção de um certo estado de coisas que consideramos intrinsecamente bom. E o utilitarismo representa uma série notável dentro desse gênero de soluções consequencialistas. (GARGARELLA, 2008, p. 4).

Aprofundando-se essa colocação inicial, Rawls constrói uma série de críticas relativas ao princípio da utilidade, valendo-se de uma argumentação comparativa para justificar os princípios de justiça por ele sustentados.²¹

doura para si mesmo a fim de causar um saldo líquido maior de satisfação. Na ausência de impulsos benevolentes fortes e duráveis, um homem racional não aceitaria uma estrutura básica simplesmente porque ela maximiza a soma algébrica de vantagens, independentemente dos efeitos permanentes que pudesse ter sobre seus interesses e direitos básicos. Assim, parece que o princípio da utilidade é incompatível com a concepção da cooperação social entre iguais para a vantagem mútua.” (RAWLS, 1997, p. 15-16). Em uma afirmação categórica do autor: “O utilitarismo não leva a sério a distinção entre as pessoas.” (RAWLS, 1997, p. 30).

²¹ “Determinar a preferência racional por uma dessas duas opções é talvez o problema central do desenvolvimento da concepção da justiça como equidade como uma alternativa viável à tradição utilitarista.” (RAWLS, 1997, p. 162).

Para Rawls (1997, p. 3), “a justiça é a virtude primeira das instituições sociais” e, à luz desse mote, sua proposta teórica é essencialmente construída para se identificar um rol principiológico a partir do qual seja possível se erigir uma estrutura social básica justa. Como antevisto no tópico 2 deste artigo, um dos principais argumentos de Rawls para a defesa de seus princípios da justiça está no procedimento imparcial – por ele estabelecido a partir dos conceitos de posição original e de véu da ignorância, para se atingir o teor de tais princípios. Em outras palavras, os princípios da justiça são sustentados porque “pessoas livres, racionais e interessadas em si mesmas (não invejosas), colocadas em posição de igualdade” (GARGARELLA, 2008, p. 20) escolheriam, por consenso, que tal rol principiológico é o que melhor garante a funcionalidade justa da estrutura social básica.²²

A formulação final dos princípios da justiça como equidade, na obra de Rawls, pode ser encontrada em *Justice as Fairness: a Restatement*, após o exaurimento do típico processo de ajustes teórico que marcou a produção rawlsiana. Tal rol principiológico, ainda que formulado como um binômio, na verdade, traz três princípios de justiça, dois deles abstraídos das condições do segundo princípio:

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

²² Para evitar a redundância argumentativa, no ponto, remete-se ao tópico 2 deste artigo, em que esse “artifício argumentativo” de Rawls foi examinado e colocado como palco para o embate entre o utilitarismo e o contratualismo rawlsiano.

Rawls (1997, p. 65-66) afirma que há uma ordem de precedência entre os princípios (*lexical priority*), de modo que o primeiro precede ao segundo e, no interior do segundo princípio, a igualdade equitativa de oportunidades têm preferência sobre o princípio da diferença. Assim, qualquer emprego teórico dos princípios, seja para projetar um arranjo social, seja para escrutinar um já existente, deve pressupor a observância progressiva desses, de modo que, por exemplo, para se amplificar a igualdade equitativa de oportunidades não se pode ter o prejuízo à pauta de liberdades iguais.

O primeiro dos princípios da justiça está estritamente vinculado ao valor liberdade, ao fixar uma esfera mínima de autonomia e autodeterminação igual para todos os membros da sociedade, a despeito de qualquer circunstância pessoal ou consideração de ordem coletiva (RAWLS, 1997, p. 218-222). Pela precedência desse primeiro princípio, Rawls (1997, p. 266-275) afirma que a liberdade só pode ser reduzida ou fixada de modo desigual se amparada no próprio valor da liberdade, visando, no primeiro caso (redução), um reforço do sistema geral de liberdade ou, no segundo caso (fixação desigual), em vista de uma liberdade menor em face cidadãos em determinadas circunstâncias. Com essa construção, Rawls busca traçar os limites mínimos do respeito à individualidade, em uma contraposição à instrumentalização dos interesses pessoais admitida, pelo menos em sua crítica, pelos utilitaristas, desde que amparada em uma maximização do bem-estar coletivo.²³

²³ "Rawls sees the individual as possessing fundamental inviolable rights. These rights cannot be overridden for the sake of increasing the welfare of others. Following Kant's view that one should "[...] treat each man as an end in himself and never as a means only", Rawls claims that principles of justice should "[...] rule out even the tendency to regard men as means to one another's welfare. [...] Rather than treating individuals as distinct and possessing intrinsic worth, Rawls argues that utilitarianism dehumanises people by conceiving them as mere experiencers of welfare. Although utilitarianism treats individuals equally (in that the welfare of each is considered to be of equal importance in calculating which is the right action to take) it is at the expense of treating them, in so far as concerns their worth, merely as "channels or locations where what is of value is to be found." (BRETT, 1994, p. 61).

O segundo princípio da justiça, em suas duas partes, por sua vez, está vinculado ao valor igualdade. Em seu primeiro enunciado, identifica-se o princípio da igualdade equitativa de oportunidades, o qual busca equalizar os pontos de partida dos membros da sociedade em suas interações e aspirações a cargos e posições na sociedade. Rawls questiona o critério de acesso a tais posições amparado apenas no mérito individual ou até mesmo no esforço, os quais, segundo ele, estão apoiados em uma aleatória – e, portanto, não moralmente meritória – distribuição de dotes naturais – inteligência, força, saúde – ou de oportunidades ou facilidades decorrentes do meio social – riqueza, grau de instrução e influência da família em que se nasceu. Diante dessa crítica, a mera igualdade de oportunidades não é, por si só, um atributo justo da sociedade, exigindo-se uma equalização por parte do arranjo social a ser estruturada, nivelando as diferenças entre as pessoas até o ponto em que for possível (RAWLS, 1997, p. 329-334, 342-348).

A segunda parte desse segundo princípio é rotulado como o princípio da diferença, sendo, sem sombra de dúvidas, a ideia mais controversa encontrada na obra Rawls e justamente o ponto que oferece a maior oposição ao princípio da utilidade. Trata-se de uma ideia cujo mérito ético é bastante evidente, já que busca uma necessária correlação entre desigualdades sociais e econômicas e o benefício recebido pelas pessoas menos favorecidas da sociedade. Além disso, a régua de julgamento de arranjos sociais é modificada, se comparada com o critério utilitarista, posto que os interesses dos indivíduos, em sua singularidade, passam a ter relevância e passam a se conectarem mutuamente, pois a posição dos mais beneficiados só se justificará se estiver a serviço dos menos favorecidos, o que quebra a lógica utilitarista de amplificação da felicidade geral, ainda que a custo dos interesses minoritários (RAWLS, 1997, p. 79-89).

Essa é, em brevíssimas linhas, a pedra de toque do contratualismo rawlsiano.

Veja que o antagonismo entre o utilitarismo e o contratualismo rawlsiano não é uma mera abstração filosófica. Pelo contrário, como é próprio das questões ponderadas pela Filosofia Política, cuida-se de um enfrentamento de ideais encontrado como questão de fundo de um sem-número de situações práticas impregnadas de valor político-social, identificadas no cotidiano de uma sociedade politicamente organizada.

A concretude desse embate pode ser, *verba gratia*, apurada na equalização das opções postas para situações concretas de incertezas de decisão, caracterizadas como jogos de informações incompletas, segundo a Teoria dos Jogos, como já enunciado no tópico anterior.

Sob a vertente do contratualismo rawlsiano, não se pode ignorar que, para Rawls, na posição original, há uma aproximação de conclusões muito significativa entre seus princípios de justiça e o princípio *maximin*. Por esse princípio, redução de *maximinun minimorum*, cada “jogador procura maximizar o mínimo que ele pode assegurar para si, independentemente das estratégias dos outros jogadores. A estratégia *maximin* é a que garante ganho mínimo para o jogador.” (PINHO; VASCONCELLOS, 2006, p. 253-254). Veja a relação entre tais conteúdos para Rawls (1997, p. 165-166):

Parece, levando-se em conta as observações acima, que os dois princípios de justiça são, pelo menos, uma concepção plausível da justiça. A questão é, porém, como argumentar a favor deles de um modo mais sistemático. [...] Mas podemos também tentar encontrar argumentos a seu favor que sejam mais decisivos do ponto de vista da posição original. Para ver como isso pode ser feito, seria útil, como uma estratégia heurística, pensar nos dois princípios como a solução *maximin* para o problema da justiça social. Há uma relação entre os dois princípios e a regra *maximin* para a escolha em situações de incerteza. Isso fica evidente à luz do fato de que os dois princípios da justiça são aqueles que uma pessoa escolheria para a concepção de uma sociedade em que o seu lugar lhe fosse atribuído por seu inimigo. A regra *maximin* determina que classifiquemos as alternativas em vista de seu pior resultado possível: devemos adotar a alternativa cujo pior resultado seja

superior aos piores resultados das outras. Com certeza, as pessoas na posição original não supõem que a sua posição inicial na sociedade é decidida por um oponente malévolo. Como observo abaixo, elas não devem raciocinar baseando-se em falsas premissas. O véu da ignorância não viola essa ideia, uma vez que uma ausência de informação não é uma informação equivocada. Mas o fato de que os dois princípios da justiça seriam escolhidos se as partes fossem forçadas a se proteger contra uma tal contingência explica o sentido em que essa concepção é a solução *maximin*. É essa analogia sugere que se a posição original foi descrita de modo a ser racional que as partes adotem a atitude conservadora expressa por essa regra, pode-se de fato constituir um argumento conclusivo a favor desses princípios.

De acordo com o princípio *maximin* e, portanto, de acordo com os próprios princípios de justiça de Rawls,²⁴ o melhor critério de decisão na posição original, dado o véu de ignorância, é considerar-se a parte mais prejudicada (*least advantaged individual*) em cada um dos arranjos possíveis da estrutura básica da sociedade e decidir pelo arranjo que lhe garanta a maior satisfação de interesses, maximizando-se o mínimo de fruição individual garantido pela sociedade.

Já sob a roupagem do utilitarismo, o princípio da utilidade, na estrutura de raciocínio da Teoria dos Jogos, buscará a solução que ofereça o melhor resultado – maior felicidade ou bem-estar – possível para o maior número de jogadores ou aquela que traga o resultado médio mais alto para o grupo de jogadores, especialmente em um jogo cooperativo, como o é para a maioria das decisões tomadas coletivamente em sociedade. Esse critério de decisão utilitarista, projetado para a posição original, orienta a escolha do arranjo da estrutura básica da sociedade que maximiza a utilidade coletiva da distribuição de bens e oportunidades, desprezando-se arranjos paralelos, mesmo que neles se tenha um nível mínimo mais elevado para a parte mais prejudicada.

²⁴ O autor faz algumas advertências terminológicas e conceituais, particularmente na relação entre o princípio da diferença e o princípio *maximin* (RAWLS, 1997, p. 96).

Em outras palavras, em um cenário exemplificativo, com uma redução de opções: considerem-se os arranjos 'A' e 'B' como duas conformações distintas para a estrutura básica da sociedade – ou para algum de seus aspectos constitutivos; examinando-se 'A', identifica-se uma utilidade média ' A_M ' e uma utilidade fruída pela parte mais prejudicada ' A_P '; do mesmo modo, examinando-se 'B', identificam-se ' B_M ' e ' B_P ' respectivos. Para uma decisão orientada pelo princípio da utilidade, se ' $A_M > B_M$ ', o arranjo social 'A' prevalece sobre 'B' e deve ser escolhido, ainda que e a despeito de ' $B_P > A_P$ '. Veja que essa mesma decisão, orientada pelo princípio *maximin*, abstraído do contratualismo rawlsiano, levaria à escolha oposta se identificado que ' $B_M > A_M$ ', com prevalência do arranjo 'B' sobre 'A' como forma de garantir o patamar mínimo mais elevado para a parte mais prejudicada.

4 CONCLUSÃO

Como demonstra a construção comparativa acima apresentada, o embate filosófico dessas duas posturas – o utilitarismo, de um lado, e o contratualismo rawlsiano, de outro – acaba por antagonizar um conhecido, recorrente e, ao que tudo indica, inerente problema filosófico da democracia contemporânea: como equilibrar os interesses da maioria com os interesses das minorias, especialmente em uma sociedade plural, em que a formação de grupos varia de acordo com os múltiplos e fluídos interesses das pessoas.

O utilitarismo, em suas linhas mestras, milita em favor da democracia majoritária, ao fixar a maximização do bem-estar dos membros da sociedade como norte e, com isso, prestigiar os interesses que contam com o maior nível de consenso. Já o contratualismo rawlsiano conclama uma atenção aos interesses mínimos e indisponíveis dos indivíduos, conectando-se com a visão da democracia que não descuida

de sua função de anteparo aos interesses das minorias e, ao fim e ao cabo, do interesse singular de cada membro da sociedade.

Após um breve ocaso, a Filosofia Política, particularmente em decorrência da eloquência das teses de Rawls, é retomada como ferramental imprescindível para as discussões político-sociais contemporâneas, ao lado da Sociologia, Economia, Psicologia e o Direito, recobrando vida e atualidade a temas enfrentados há séculos pelos filósofos, mas que são reiteradamente apresentados como desafios para os dias de hoje.

Referências

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Disponível em: <<http://socserv2.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/bentham/morals.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRETT, Selena. Rawls Theory of Justice and His Criticism of Utilitarianism. *UCL Jurisprudence Rev*, i. 59, p. 59-73, 1994.

BRUE, Stanley L. *História do pensamento econômico*. Tradução Luciana Pentado Miguelino. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. John Stuart Mill: o utilitarismo reinventado. In: CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de (Org.). *O utilitarismo em foco: um encontro com seus proponentes e críticos*. Florianópolis: Ed. UFSC, 2007.

CASSIRER, Ernst. *Antropología Filosófica: Introducción a una filosofía de la cultura*. Tradução Eugenio Ímaz. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1967.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução Alonso Reis Freire. Revisão da tradução Elza Maria Gasparotto. Revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval (Org.). *Manual de Economia: Equipe dos Professores da USP*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RASMUSEN, Eric. *Games and Information: an introduction to Game Theory*. Disponível em: <http://ece.ut.ac.ir/Classpages/S86/ECE688/games_and_information_rasmusen.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. Revisão técnica da tradução Álvaro de Vida. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. *Liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Zevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Tradução Luis Carlos Boerges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. O contratualismo – Posição de Rousseau e Kant. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 37, p. 118-150, 1942. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65989/68600>>. Acesso em: 06 maio 2017.

SHAPIRO, Ian. *The Moral Foundations of Politics*. New Haven: Yale University Press, 2003.

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

VITA, Álvaro de. A tarefa prática da filosofia política em John Rawls. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 25, 1992. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451992000100002>. Acesso em: 13 maio 2017.

CAPÍTULO II – A TEORIA DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS



ANÁLISE DA CONCEPÇÃO DE DIGNIDADE HUMANA NA VISÃO DE MARTHA NUSSBAUM

Alessandra Franke Steffens¹

I INTRODUÇÃO

O presente artigo analisará a concepção de dignidade humana na visão de Martha Nussbaum a partir do enfoque das capacidades. Contudo, para entender a teoria, necessário de faz abordar o conceito de dignidade humana como valor nuclear dos direitos humanos, fundamentado a partir do paradigma contemporâneo, o qual determina que a dignidade é um valor intrínseco ao ser humano.

Salienta-se que foi na Declaração Universal que a concepção atual de direitos humanos acolheu a dignidade da pessoa humana como centro orientativo dos direitos e fonte de inspiração de textos constitucionais posteriores. Contudo, aponta que o paradigma contemporâneo fundamenta a dignidade como um valor intrínseco ao ser humano e esta ideia de equivalência entre existência humana e dignidade humana parece derivar de uma ideia absoluta, uma propriedade metafísica de valor imutável e independente, e sua única exigência, portanto, seria a humanidade de quem a possui, ou seja, utiliza-se da concepção Kantiana de dignidade.

¹ Especialista em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora na Universidade do Oeste de Santa Catarina.

Contudo, esta concepção não atribui significado ao vocábulo dignidade humana, apenas reconhecendo a sua existência formal, sendo que o exercício efetivo desses direitos depende da capacidade das pessoas de exercê-los, motivo pelo qual necessário se faz determinar o significado e a extensão do valor da dignidade humana a partir do enfoque das capacidades sob a ótica de Martha Nussbaum. Será destacada, para tanto, a concepção tradicional de dignidade humana, a qual supõe que o ser humano ocupa uma posição superior no universo, posição esta da qual decorre sua dignidade, diferenciando-a da concepção contemporânea.

Por fim, será abordada a dignidade humana como fundamento base do enfoque das capacidades, destacando as capacidades humanas como fundamento para uma vida com dignidade humana.

2 A DIGNIDADE HUMANA COMO VALOR NUCLEAR DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos não podem ser considerados dados, na medida que representam uma construção histórica, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução. Como sistema moral, são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório. Assim, os direitos humanos fundamentam-se no resguardo do valor da dignidade humana, concebida como seu fundamento (PIOVESAN, 2013).

Partindo-se da premissa que os homens possuem dignidade intrínseca à sua existência e de que esta se trata do fundamento para a reivindicação de um conjunto de direitos, considera-se que o conjunto de direitos que permitam às pessoas gozarem de uma vida digna é um dos valores nucleares dos direitos humanos (SARLET, 2005).

No intuito de esclarecer as premissas iniciais, é importante salientar que Sarlet (2005) considera dimensões da dignidade da pessoa humana a complexidade da própria pessoa e do meio no qual desenvolve sua personalidade. Em outras palavras, em vista da heterogeneidade e da riqueza da vida, pode-se chegar a um núcleo de direitos essenciais, os quais compõem a dignidade da pessoa humana.

Para lograr êxito na elaboração de uma compreensão abrangente e operacional de dignidade humana, Sarlet (2005) propõe a divisão das dimensões da dignidade em ontológica, comunicativa e cultural.

Inicia com a dimensão ontológica, segundo a qual a dignidade é qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável e qualifica o ser; pode ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não pode ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada indivíduo como algo que lhe é inerente. Todos são iguais em dignidade (porque dotados de razão e consciência), ainda que não se portem de forma igualmente digna. Por todo exposto, entende-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana é a autonomia e a autodeterminação (SARLET, 2005).

Em seguida, passa-se para a dimensão comunicativa e relacional, na qual se estuda a situação do ser humano com os demais, traçando uma visão instrumental fundada na ideia de igual dignidade para todas as pessoas, o que implica numa obrigação geral de respeito pela pessoa, por intermédio de deveres e direitos correlativos (SARLET, 2005).

Sarlet (2005) prossegue afirmando que a dignidade está em processo de construção, pois reclama constante concretização e delimitação pela práxis constitucional. Percebe também a existência de uma dimensão cultural da dignidade.

Diante das premissas, chega-se à conclusão que dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Como limite, a dignidade implica não que a pessoa não pode ser reduzida

à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros e também o fato de a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, na previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção (SARLET, 2005).

A partir do exposto, sustenta o autor que a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta na autonomia da pessoa humana e na necessidade de sua proteção (comunidade e Estado), inclusive que a dimensão assistencial pode prevalecer como no caso de faltar condições para decisões responsáveis por parte do sujeito (SARLET, 2005).

Verifica-se assim que dignidade humana é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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, 2005, p. 37).

Partindo-se do acima explicitado, a dignidade humana pode ser concebida como o núcleo dos direitos humanos, decorrente da razão, inerente aos seres humanos e que os qualifica como tal. Dessa maneira, a dignidade humana deve ser concebida em duas dimensões: uma básica, na qual os valores mínimos e fundamentais para a existência humana estão inseridos, portanto, universais; uma cultural que é formada por influências históricas que se ampliam com o objetivo de concretizar

condições que possam facilitar o completo exercício da dignidade da pessoa humana em dado momento histórico (BAEZ, 2010).

Assim, direitos humanos são um conjunto de valores éticos que tem por objetivo a proteção da dignidade humana em todas as suas dimensões, ou seja,

Os direitos humanos que têm por base a dignidade humana na sua dimensão básica são universais, nesse nível de atuação, pois constituem um conjunto de normas que impedem a redução do indivíduo à condição de objeto ou, ainda, a diminuição do seu status como sujeito de direitos. Nesse patamar de atuação tem-se, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, entre outros, pois materializam formas de preservação do ser humanos como fim em si mesmo. Por outro lado, ou direitos humanos vêm sendo reconhecidos e implementados lentamente, ao longo da história, como forma de realização da dignidade humana, na sua dimensão cultural, são aplicados e desenvolvido de forma assimétrica de acordo com as peculiaridades culturais de cada grupo, considerando os valores morais por eles elegidos para reger sua convivência social. (BAEZ, 2010, p. 28-29).

Contudo, a consolidação da universalização dos direitos humanos, bem como da dignidade da pessoa humana como seu núcleo fundamental, surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo, no qual o Estado foi o grande violador desses direitos. Segundo Piovesan (2013, p. 191),

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral.

Dessa maneira, devido a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, emerge a certeza de que a proteção dos direitos

humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, e sim, passa a ter relevância internacional, sendo que a sua violação não pode ser concebida como questão doméstica do Estado, mas como problema de relevância internacional, como legítima preocupação da comunidade internacional (PIOVESAN, 2013).

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos (PIOVESAN, 2013).

Destaca-se que o fundamento dos direitos humanos teve sua solução a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 10 de dezembro de 1948, com a adoção de um consenso geral acerca da sua validade, a qual foi acolhida como inspiração e orientação no processo de crescimento de toda a comunidade internacional no sentido de uma comunidade não só de Estados, mas de indivíduos livres e iguais (BOBBIO, 1992).

Somente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos tem-se a certeza de que a humanidade partilha de valores comuns. Salienta-se avaliar que, para Bobbio (1992, p. 28), “a universalidade não significa algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.” Tem-se, assim, a passagem da teoria para a prática, dando concretude aos direitos do homem, os quais passam a ser positivos, mas valendo apenas para os Estados que o reconhecerem.

Em outras palavras, pode-se afirmar que a referida Declaração é, ao mesmo tempo, universal e positiva. Universal porque seus destinatários são todos os cidadãos. É positiva por colocar em movimento um processo de direitos que deverão ser não só mais proclamados, e sim

efetivamente protegidos. Considera-se o fato de que a declaração é apenas o início de um longínquo processo, que depende de medidas eficientes de implementação (BOBBIO, 1992).

Assim, foi na Declaração Universal que a concepção atual de direitos humanos, pela primeira vez, acolheu a dignidade da pessoa humana como centro orientativo dos direitos e fonte de inspiração de textos constitucionais posteriores. Para Piovesan (2013, p. 205),

A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Verifica-se assim que a dignidade humana é usada nos documentos da Organização das Nações Unidas como justificativa para os direitos humanos, sendo entendida como um “valor propriedade” intrínseco e objetivo. A dignidade é um valor inerente ao ser humano, concebida como uma propriedade independente cujo valor não é alterado segundo quaisquer circunstâncias ou relações nas quais o indivíduo se insira (FABRES, 2015).

A dignidade é considerada um valor incomensuravelmente superior a outros. Do valor intrínseco do indivíduo decorrem direitos e destes derivam obrigações para os agentes, os quais devem respeitar a terceiros. A dignidade, portanto, compreende o fundamento segundo o qual alguém pode exigir comportamentos de outrem. Desde então, a dignidade humana é apresentada como a justificação dos direitos

humanos e, apesar da ausência de definição clara e delimitada do termo dignidade, seu emprego em documentos das Nações Unidas ilustra o caráter e a proeminência do paradigma contemporâneo de dignidade (FABRES, 2015).

Fabres (2015) aponta que o paradigma contemporâneo fundamenta a dignidade como um valor intrínseco ao ser humano e esta ideia de equivalência entre existência humana e dignidade humana parece derivar de uma ideia absoluta, uma propriedade metafísica de valor imutável e independente, e sua única exigência, portanto, seria a humanidade de quem a possui.

É por essa razão que se identifica na obra de Kant a base para a construção da contemporânea filosofia dos direitos humanos, sendo a concepção kantiana a respeito da dignidade essencial à atribuição de significado jurídico ao termo e, logicamente, para a determinação do sentido do alcance do princípio da dignidade da pessoa humana (CUNHA, 2005).

Ressalta-se que para Kant, a dignidade a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais e na medida em que exercem, de forma autônoma, a sua razão prática os seres humanos constroem distintas personalidades, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. Consequentemente, a dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática, e é por esse motivo que apenas os seres humanos revestem-se de dignidade (CUNHA, 2005).

Kant (2003, p. 29) que entende o dignidade como “princípio moral segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim (Zweck) em si, e jamais meramente como um meio que visa a um fim distinto e externo a ele mesmo.”

Verifica-se, assim, que Kant propõe uma mudança no método no ato cognitivo, por ele denominada de revolução copernicana.

Assim, o sujeito não gira em torno dos objetos, mas, ao reverso, os objetos giram em torno do sujeito cognoscente. Dessa forma, o ato de conhecer não deve mais se curvar aos objetos, mas, pelo contrário, os objetos devem se amoldar ao conhecimento. Portanto, para a filosofia kantiana do conhecimento, a revolução copernicana consiste no fato de o sujeito tornar-se elemento decisivo para o processo de elaboração do conhecimento. Destarte, ao invés de tomar uma postura meramente contemplativa, age o sujeito cognoscente decisivamente no ato em si de conhecer. É o sujeito que conhece a própria condição necessária de plausibilidade do conhecer (FURTADO, 2015).

Na visão kantiana, dessa maneira, há uma supremacia da razão prática sobre a razão teórica. “O ser humano, enquanto livre, encontra na moralidade o eixo de sua libertação. Destarte, por conta da práxis, estamos jungidos ao reino dos fins, o que dá à pessoa a condição de ser detentor de dignidade própria, por força do que todo o resto tem significação relativa.” (FURTADO, 2015, p. 286). Nesta visão, a existência humana não se dá não em função de outro e por isso pode levantar a pretensão de ser respeitado como algo que tem sentido em si mesmo.

Tem-se, na visão Kantiana, o ser humano como horizonte, do qual parte todo o pensamento, uma vez que é tido como fim em si mesmo. A ética de Kant, assim, é formal, já que não se cuida de dizer que bem deve ser atingido, nem mesmo o que deve ser feito para atingir referido bem, mas sim como se deve proceder, como se deve agir, já que a ação resulta da vontade. Nesta ótica, um ato realizado por dever traz consigo seu valor moral, movido pelo dever, enquanto o fundamento dessa moralidade reside no respeito à lei, definida como o princípio objetivo, que tem valia para todo e qualquer ser racional, o qual deve agir em conformidade exata com referido princípio, por ser um imperativo (FURTADO, 2015).

Verifica-se, assim, que se o valor da ação moral não está “[...] no resultado que dela se espera, somente a lei poderá determinar a vontade. Dessa forma, a lei nada mais é que o bem moral desprovido de qualquer liame com o que seja exterior à vontade, uma vez que nada a condiciona.” (FURTADO, 2015, p. 288).

Dessa forma, o indivíduo obedece às leis e é consciente delas, que representam um dever, uma obrigação de sujeição. Para Furtado (2015, p. 289),

Para Kant, a obrigação que é a representação da lei, é chamada de mandamento, enquanto a fórmula do mandamento, a maneira como ele se exprime, é o imperativo. Na seara da moralidade são denominados categóricos, posto que não estão subordinados a nenhum fim, ou qualquer condição, mas apenas à forma e ao princípio donde a ação se origina. Referido imperativo categórico reside na fórmula que prega: deve-se agir em conformidade com uma máxima, de tal forma que se queira que ela se transforme numa lei universal. Ou seja, deve-se agir de tal sorte que a máxima da ação devesse se tornar, pela vontade do agente, em lei universal da natureza.

O fundamento do imperativo categórico é, então, o ser humano, de tal forma que ele fica sujeito à lei que cria. Assim, a vontade fica não só submetida à lei, mas é, concomitantemente, legisladora em relação a esta lei moral, restando evidenciado o princípio da autonomia da vontade, que é fundamento da dignidade da natureza humana.

Em suma, para Kant, o homem é um fim em si mesmo e, por isso, tem valor absoluto, não podendo, dessa maneira, ser usado como instrumento para algo, e, justamente por isso tem dignidade, é pessoa (FURTADO, 2015).

Assim, o grande legado do pensamento kantiano para a filosofia dos direitos humanos, contudo, é a igualdade na atribuição da dignidade. Na medida em que a liberdade no exercício da razão prática é o único requisito para que um ente se revista de dignidade, e que todos os seres humanos gozam dessa autonomia, tem-se que a condição humana é o

suporte fático necessário e suficiente à dignidade, independentemente de qualquer tipo de reconhecimento social (CUNHA, 2005).

Neste sentido, Nussbaum (2013, p. 196) destaca que

[...] à noção de dignidade, e assim, à concepção kantiana de pessoa em Rawls, para qual a dignidade é uma concepção básica. Kant contrasta a humanidade dos seres humanos com a sua animalidade. Apesar de Rawls não colocar isso tão explicitamente, considera, de fato, que a pessoalidade reside na racionalidade (moral e prudencial), e não nas necessidades dos seres humanos compartilharem com outros animais.

Em suma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é tida como marco normativo na proteção global dos direitos humanos, elevando o sujeito a posição de titular/proprietário de direitos e impondo ao Estado condutas e deveres frente a estes direitos, constituindo um núcleo necessário para regular o agir humano.

Contudo, não basta a universalização dos direitos, é necessária também a sua multiplicação. O processo da multiplicação se presta às relações entre direitos do homem e sociedade, sobre a conexão entre mudança social e nascimento de novos direitos. Bobbio (1992, p. 68) afirma que o fenômeno da multiplicação ocorreu de três modos:

a) porque aumento a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto nas especificidades ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc.

Em outras palavras, o primeiro processo é aquele da passagem dos direitos de liberdade (direitos negativos) para os direitos políticos e sociais. O segundo processo, por sua vez, ocorreu com a passagem individualista para a compreensão de grupos, como a família, as minorias, etc. Já o terceiro processo é a passagem do homem genérico para o homem

específico (nada mais do que os critérios de diferenciação, como sexo, idade, condições físicas, etc.) (BOBBIO, 1992).

Assim, compreender no que consiste a dignidade humana como valor nuclear dos direitos humanos, determinando qual o significado e a extensão deste valor, passa a ser uma exigência para a efetivação destes direitos. O enfoque das capacidades sob a ótica de Martha Nussbaum trata-se de uma abordagem apta a contribuir para a compreensão da extensão e valor dos direitos humanos.

3 A DIGNIDADE HUMANA PARA MARTHA NUSSBAUM

A Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece o direito a igualdade e a liberdade a todos os seres humanos. Da mesma forma, declara a dignidade como fundamento, como valor nuclear dos direitos humanos, sem, contudo, atribuir significado a este vocábulo, apenas reconhecendo a sua existência formal. Todavia, o exercício efetivo desses direitos depende da capacidade das pessoas de exercê-los (REICHER, 2009).

Reicher (2009) aponta que é possível verificar as situações em que a dignidade foi violada, contudo, não é possível delimitar o que é necessário para promover esta dignidade, bem como qual o seu conteúdo, suscitando que a delimitação destes pontos é fundamental para a efetivação da dignidade humana como elemento nuclear dos direitos humanos.

Verifica-se assim, que mesmo as dimensões da dignidade humana acima apontadas, não esclarecem o seu conteúdo. Para Reicher (2009, p. 22), a dignidade humana não poder ser “[...] apontada como um conceito cujo conteúdo material está em si mesmo, mas algo que busca dar conta das várias formas de manifestação da condição humana.”

Assim, verifica-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como nos demais documentos da Organização das Nações Unidas, uma justificação para o entendimento da dignidade como inerente aos seres humanos. Deste modo, a concepção tradicional de Sensen apresenta uma estrutura argumentativa que supõe que o ser humano ocupa uma posição superior no universo, posição esta da qual decorre sua dignidade. No entanto, segundo a concepção tradicional, esta dignidade inicial não coincide necessariamente com a realização desta dignidade. Neste sentido, a dignidade realizada é uma obrigação moral do sujeito portador de uma dignidade inicial (FABRES, 2015).

A dignidade humana, em sua concepção tradicional, é em primeiro lugar a resposta para a questão teórica do lugar do ser humano no universo. O termo dignidade, segundo esse paradigma, é usado para expressar a posição especialmente elevada do ser humano em relação ao resto da natureza, a qual ele conserva devido a certas capacidades que possui, notadamente razão e liberdade (FABRES, 2015).

Para esta concepção, somente em um segundo momento essa posição especial ganha relevância moral, quando o indivíduo, por meio de uma premissa moral, é incumbido do dever de realizar plenamente sua dignidade inicial (FABRES, 2015).

Desta forma, o contraste entre o paradigma contemporâneo, acima explicitado, e o paradigma tradicional é a noção de que a dignidade sob a égide tradicional não é um valor propriedade independente possuído pelos seres humanos. A dignidade pode simplesmente e referir a posição de prestígio ou status superior (FABRES, 2015).

Tal entendimento resta evidenciado na concepção de dignidade, com enfoque nas capacidades, de Nussbaum (2013), que defende que todas as pessoas gozam de uma dignidade humana inalienável que deve ser respeitada pelas leis e pelas instituições.

Para a autora, o enfoque das capacidades, ao contrário da concepção kantiana,

[...] considera a racionalidade e a animalidade completamente unificados. Partindo da noção aristotélica do ser humano como um animal político, e da ideia de Marx que o ser humano é uma criatura que “necessita de uma pluralidade de atividades vitais”, considera a racionalidade simplesmente um aspecto da animalidade e, certamente, não como único aspecto pertinente à noção de funcionalidade verdadeiramente humana. Em termos mais gerais, o enfoque das capacidades considera que há muitos tipos diferentes de dignidade animal no mundo, e que todas merecem respeito e um tratamento justo. (NUSSBAUM, 2013, p. 196).

Neste enfoque, o ser humano passa a ser dotado de um tipo de racionalidade que consiste somente em várias formas de raciocínio prático, que é um dos modos de funcionalidade dos animais. Contudo, a sociabilidade, segundo Nussbaum, é também fundamental, já que a necessidade corporal, que inclui a necessidade por cuidado, passa a ser uma característica da nossa racionalidade e sociabilidade, e, portanto, um aspecto da dignidade humana. (NUSSBAUM, 2013).

Neste aspecto, “[...] na delimitação da concepção política de pessoa, a partir de qual derivamos os princípios políticos básicos, introduzimos um reconhecimento de que somos seres animais necessitados e temporários, que começamos como bebês e terminamos, muitas vezes, em outras formas de dependência.” (NUSSBAUM, 2013, p. 197).

Assim, Nussbaum (2013, p. 197) distancia-se do contratualismo afirmando que

[...] essa nova concepção do que é digno e valioso no ser humano justifica a ruptura com a circunstâncias humianas/rawlsianas da justiça. Não somos obrigados a ser produtivos para ganharmos respeito em função da dignidade mesma de nossas necessidades humanas. A sociedade se une em função de um amplo campo de afetos e compromissos, somente alguns dos quais dizem respeito à produtividade. A produtividade é necessária, e mesmo boa, mas não é o fim principal da vida social.

Desta forma, a descrição do que seria um funcionamento autenticamente humano consiste no fundamento do que seria uma vida de acordo com a dignidade humana, e a partir disso, o que seria uma violação da dignidade ou uma condição de vida indigna. A dignidade, então, não é algo que possa definir-se de forma prévia e independente das capacidades, mas que se encontra de certo modo imbricada nelas em sua definição. Assim, pois, para compreender a extensão do que significa uma vida digna, como uma vida de acordo com as capacidades humanas, passa por desvendar os requisitos para a realização destas capacidades, ou seja, “[...] as capacidades são vistas simplesmente como meios para uma vida com dignidade humana.” (NUSSBAUM, 2013, p. 198)

4 A DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO BASE DA ABORDAGEM DAS CAPACIDADES

Conforme abordado, o desenvolvimento das capacidades se dá a partir do conceito de dignidade e de vida humana digna, que podem ser compreendidos, concomitantemente, como categorias de valor inerente (dignidade) e de valor intrínseco (vida digna) ou, de forma mais simplificada, como direito à vida e direito à qualidade de vida (FABRES, 2015). Neste sentido, Nussbaum (2013), ao argumentar em defesa do enfoque das capacidades, justifica que as capacidades humanas não são instrumentais para uma vida com dignidade humana, mas são formas de fazer efetiva uma vida com dignidade humana.

Com o objetivo de questionar outras teorias existentes, a autora determina que o enfoque das capacidades fornece um mecanismo possivelmente mais eficaz para questões do campo jurídico e das políticas públicas. Baseando-se no referencial teórico do autor Amartya Sen, aplicado à economia, utilizou-se desta abordagem para determinar uma

base filosófica para explicar as garantias humanas centrais que devem ser respeitadas e implementadas pelos governos, como o respeito mínimo exigido para observância da dignidade humana. (NUSSBAUM, 2013).

Assim, traz a ideia de um mínimo social básico, que está atrelado às capacidades humanas. As capacidades, então, são as fontes de princípios políticos de uma sociedade liberal pluralística e tornam-se objeto de consenso mesmo com concepções distintas. Devem ser perseguidas por toda e qualquer pessoa, sendo que cada uma deve ser tratada como um fim em si mesma e nenhuma como mero instrumento dos fins dos outros (NUSSBAUM, 2013).

Segundo a autora, o enfoque das capacidades foi desenvolvido como alternativa aos ideais utilitaristas que entendiam que a questão central do desenvolvimento era a economia, pois o método mais comum para avaliar a qualidade de vida de um país costumava ser a classificação do PNB (Produto Nacional Bruto), logo, pela capacidade econômica da população. No entanto, por óbvio, o método não é esclarecedor, já que não consideram a pessoa como um fim, mas utilizam-na como meio para o enriquecimento de outros (NUSSBAUM, 2013).

Sendo assim, a autora o desenvolve de uma concepção da dignidade e da vida que seja apropriada a essa dignidade, ou seja, que tenha à sua disposição funcionamentos verdadeiramente humanos. Para tanto, o enfoque das capacidades utiliza-se da ideia de Marx, insistindo que as capacidades para as quais os cidadãos estão autorizados são muitas e não apenas quantidades de recursos, pois as pessoas possuem necessidades variadas e não apenas ligadas a recursos (NUSSBAUM, 2013).

Na concepção contemporânea, cada ser humano tem a capacidade de raciocínio prático, ou seja, a capacidade de escolher o melhor para si sem ferir as regras de responsabilidade e moralidade, portanto cada ser humano, independente de classe, gênero ou que quer que seja, deve ser tratado como um fim em si mesmo. Tratar um

sujeito como um meio para atingir sua própria felicidade é para Kant ferir gravemente sua pessoalidade, sua liberdade e autonomia. Nussbaum considera o princípio da pessoalidade e respeito, isto é o princípio de não fazer ninguém um meio para sua felicidade, uma das regras fundamentais para o estabelecimento da estrutura universal de valores que devem servir à fundamentação filosófica de políticas públicas justas. A própria noção de ‘capacidade’ é uma tradução desse princípio: porque todo ser humano guarda em si uma série de capacidades comuns, dentre elas a capacidade de escolha, ninguém pode ser um meio para a felicidade de outro, pois pode e deve buscar sua própria felicidade (CASTRO, 2009).

Como método de justificação do enfoque das capacidades, a autora lista dez capacidades como exigências centrais para uma vida com dignidade, capacidades estas que traduzem a real necessidade do indivíduo. Ainda, as dez capacidades traçam objetivos gerais que podem ser especificados em cada sociedade, de modo que tragam a garantia mínima da justiça social. Salienta que, o enfoque das capacidades não objetiva fornecer uma explicação completa da justiça social, mas sim uma explicação do mínimo de garantias sociais centrais que devem circundar o indivíduo (NUSSBAUM, 2013).

As capacidades humanas centrais são (NUSSBAUM, 2013, p. 91-93): vida compreendida como a capacidade de viver até quando puder; saúde física, como a capacidade de ter boa saúde, incluindo saúde reprodutiva, de receber alimentação adequada e dispor de lugar adequado para viver; integridade física, como a capacidade de movimentar-se livremente e de estar protegido contra todas as formas de violência; sentidos, imaginação e pensamento, como a possibilidade plena de fazer coisas de modo “verdadeiramente humano”, com acesso à educação adequada e sem limitações; emoções, sendo entendida como a capacidade de manter relações afetivas com coisas e pessoas sem bloqueios emocionais; razão prática, como a capacidade de formar sua

concepção e gerir a própria vida; afiliação, tida como a capacidade de viver com e voltado para outros seres humanos e de ter bases sociais de autorrespeito e não humilhações, ou seja, de ser tratado como um indivíduo digno e cujo valor é igual ao dos outros; outras espécies, como a capacidade de manter relação próxima e respeitosa com a natureza; lazer, dispendo de atividades de recreação; e, por fim, controle sobre o próprio ambiente, de forma política, participando efetivamente das escolhas políticas e, de forma material, tida como a capacidade de possuir bens de forma igualitária, de ter direitos políticos e trabalho digno.

A tese das capacidades humanas centrais oferece uma exposição dos objetivos políticos materiais que poderiam ser compartilhados por todos e formam um conceito substancial de vida humana digna. Assim, a ideia básica da abordagem das capacidades acima é que “[...] ao imaginarmos uma vida sem a capacidade em questão, concluiríamos que tal vida não é uma vida apropriada à dignidade humana.” (NUSSBAUM, 2013, p. 93-94).

Além disso, a lista de capacidades centrais agregaria considerações substanciais sobre habilidades e oportunidades, indicando objetivos gerais compartilhados por todos e consagrando um núcleo mínimo de prestações sociais. Tal concepção substancial de vida digna indicaria um critério objetivo e cogente que permitiria analisar, num primeiro plano, negativamente quais ações individuais e coletivas não poderiam ser perseguidas sob pena de formação de uma vida humana indigna e, aferir, secundariamente, positivamente, o sucesso de uma comunidade política em concretizar e estender a todos os elementos indispensáveis à formação dessa vida digna, de modo a produzir uma sociedade integralmente justa (FERREIRA NETO, 2008).

Verifica-se, dessa forma que Nussbaum descreve em termos universais as finalidades básicas dos seres humanos que formariam a concepção mínima de vida boa que deveria ser compartilhada por todos em

uma sociedade democrática plural. Ocorre que, uma concepção universal de vida digna deve levar em consideração como proposições verdadeiras considerações referentes à composição essencial do ser humano, as quais, por sua vez, indicam um outro conjunto de considerações também verdadeiras acerca do modo como este ser humano age e realiza-se em coletividade, o que, aponta para uma gama de fins necessários e objetivos a serem almejados por todos que desejam atingir o seu estado de plena realização (FERREIRA NETO, 2008).

Salienta-se que o conteúdo da lista de capacidades centrais pode ser entendido como dotado de objetividade e de carga vinculante perante os demais, apresentando-se como instância crítica final para se avaliar a retidão das opções de vida particular e das opções políticas adotadas por determinada sociedade. Não há, pois, como se evadir do fato de que uma concepção objetiva e universal de vida digna necessita sempre partir de uma concepção verdadeira acerca do ser humano, do espaço em que vive e das finalidades mínimas que deverá concretizar (FERREIRA NETO, 2008).

Todavia, se um indivíduo viver sob constante terror psicológico, sob a ameaça de violência ou subnutrido, terá afetada a sua capacidade de escolha e de raciocínio prático, tendendo a adaptar suas preferências pessoais ao nível baixo de qualidade de vida a que está acostumado. Assim, capacidade de escolha deve determinar-se dentro das condições em que essas preferências e escolhas estão sendo feitas. Estas representariam as condições mínimas de existência digna e autônoma as quais todo o ser humano necessitaria a fim de que não se tornar um meio para a felicidade de outra pessoa, mas possa escolher o bem de sua vida e exercer seus direitos políticos (CASTRO, 2009).

Enfim, o enfoque das capacidades é completamente universal, de forma que qualquer cidadão deve ser tratado como um fim e, por isso mesmo, a lista é aberta e sujeita a contínua revisão e reconsideração,

porquanto os direitos humanos estão em constante evolução. Contudo, verifica-se que as principais liberdades que protegem o pluralismo estão em um lugar central na lista, objetivando não as tornar negociável (NUSSBAUM, 2013).

Nussbaum, então, determina o universalismo das capacidades centrais, apontando cinco características que o qualificam de uma maneira menos dogmática. Primeiramente, aponta a múltipla realização, segundo a qual cada uma das capacidades pode ser realizada de diversos modos, de acordo com o gosto do indivíduo, as circunstâncias locais e as tradições. Em segundo, seu universalismo diferencia entre funcionamento real e capacidade; o importante é a pessoa ter a capacidade não a usar efetivamente. Em terceiro, encontra-se a centralidade das liberdades e da razão prática, sendo que o conteúdo da lista das capacidades dá um papel central ao poder de cada cidadão de escolher e também um papel central às liberdades civis e políticas. Quarto, as capacidades se tratam de uma lista baseada na concepção liberal política e não compreensiva, ou seja, sua intenção não é mostrar a todas as pessoas o que é melhor para as suas vidas, mas ser objeto de um consenso político sobreposto entre pessoas que têm diferentes visões de mundo. Enfim, o quinto objetivo do enfoque das capacidades centrais é oferecer uma base filosófica aos princípios constitucionais, mas a implementação de tais princípios deve ser deixada, na maioria das vezes, para as políticas internas de cada nação (CASTRO, 2009).

Fato é que as ideias de dignidade humana e de inviolabilidade da pessoa são intuitivas e centrais ao enfoque das capacidades, pois geram agregação social e impossibilitam a separação do valor de cada vida. Nussbaum acredita que a prova da eficiência de determinada política é a estabilidade, bem como a maior causa de instabilidade política são as insatisfações. Quanto mais pessoas estiverem insatisfeitas com as vidas que estão levando, mas tenderão a apoiar mudanças radicais. Assim, a

educação e a organização coletiva tornam-se fatores decisivos, pois as pessoas tendem a adaptar suas preferências, de modo que se não há um esforço para lhes abrir o campo de oportunidades para que possam exercer sua capacidade de escolha, a tendência é se acomodarem com a situação de miséria e desempoderamento em que vivem (CASTRO, 2009).

Por fim, o desenvolvimento das capacidades permite elaborar princípios políticos fundamentais, pois ela proporciona uma melhor orientação teórica para se pensar questões de justiça e de direitos básico, tendo como vetor o conceito de dignidade humana compreendida como valor inerente e valor intrínseco, ou seja, como direito à vida e direito à qualidade de vida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou a concepção de dignidade humana na visão de Martha Nussbaum, a partir do enfoque das capacidades. Contudo, para entender a teoria, necessário se fez abordar o conceito de dignidade humana como valor nuclear dos direitos humanos, fundamentado a partir do paradigma contemporâneo, o qual determina que a dignidade se trata de valor intrínseco ao ser humano e esta ideia de equivalência entre existência humana e dignidade humana parece derivar de uma ideia absoluta, uma propriedade metafísica de valor imutável e independente, e sua única exigência, portanto, seria a humanidade de quem a possui.

Tal concepção kantiana de dignidade humana apregoa que a esta reside no ato de autonomia do sujeito em dar a si mesmo sua lei moral. Ele define pessoa, portanto, a partir de uma racionalidade modelo, sendo que a dignidade está no dever do agente em reconhecer as pessoas como fim em si mesmo, conforme a segunda formulação do imperativo categórico.

Da mesma forma, concepção de Kant sobre dignidade humana é usada nos documentos da Organização das Nações Unidas como justificativa para os direitos humanos. Contudo, tais documentos declaram a dignidade como fundamento, como valor nuclear dos direitos humanos, sem, contudo, atribuir significado a este vocábulo, apenas reconhecendo a sua existência formal.

Todavia, o exercício efetivo desses direitos depende da capacidade das pessoas de exercê-los, motivo pelo qual necessário se fez determinar o significado e a extensão do valor da dignidade humana a partir do enfoque das capacidades sob a ótica de Martha Nussbaum.

Assim, foi destacada a concepção tradicional de dignidade humana que expressa a posição especialmente elevada do ser humano em relação ao resto da natureza, a qual ele conserva devido a certas capacidades que possui, notadamente razão e liberdade.

Destacou-se, ainda, a concepção de dignidade, com enfoque nas capacidades de Nussbaum, que defende que todas as pessoas gozam de uma dignidade humana inalienável que deve ser respeitada pelas leis e pelas instituições.

Abordou-se, ainda, a dignidade humana como fundamento base do enfoque das capacidades, com destaque para as capacidades humanas como fundamento para uma vida digna. Além disso, foram analisadas as capacidades como exigências centrais para uma vida com dignidade, com ênfase as dez capacidades traçadas por Martha Nussbaum como objetivos gerais que podem ser especificados em cada sociedade, de modo que tragam a garantia mínima da justiça social.

Por fim, conclui-se que, na acepção de Nussbaum, uma vida sem as capacidades não é apropriada à dignidade humana.

REFERÊNCIAS

- BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos do homem, direitos humanos e a morfologia dos direitos fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZARROBA, Orides (Org.). *Dimensões eficaciais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Modelo, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CASTRO, Suzana de. Resenha Sobre a obra *Women and Human Development – The Capabilities Approach*. *Revista Redescrições*, a. 1, n. 2, 2009.
- CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FABRES, Ricardo Rojas. Considerações em torno de uma concepção exigente da dignidade humana. *Emancipação*, Ponta Grossa, v. 15, n. 1, p. 9-21, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao>>. Acesso em: 20 jan. 2018.
- FERREIRA NETO, Arthur Maria. *A viabilidade de uma contratualismo Rawlsianoaristotélico: Uma análise crítica de “Frontiers of Justice” e a tentativa de conjugação de tradições filosóficas rivais*. 2008. Dissertação (Mestrado em Filosofia)–Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.
- FURTADO, Emmanuel. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros (Org.). *O respeito à Dignidade da Pessoa Humana*. Fortaleza: Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, 2015.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003. (Série Clássicos Edipro).
- NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

REICHER, Stella Camlot. *Capacidades e Direitos Humanos: uma análise conceitual sob a ótica de Martha Nussbaum*. São Paulo: USP, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEN, Amartya. Development as Capability Expansion. *Journal of Development Planning*, i. 19, 1989.

A AUTONOMIA DA VONTADE NA PERSPECTIVA DA FILOSOFIA-MORAL DO ENFOQUE DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM

Cassiane Wendramin¹

I INTRODUÇÃO

A dignidade humana abordada no enfoque das capacidades de Martha Nussbaum defende, sucintamente, um ser humano com capacidades e necessidades a todos independente de gênero, classe, raça ou nacionalidade, partindo-se do ponto de partida fundamental de que a justiça social básica deve ser definida a partir dos direitos humanos centrais, os quais são nominados pela autora como capacidades.

A Teoria das Capacidades proposta por ela, alicerce do presente trabalho, pauta-se na ideia de capacidade enquanto “combinação do que uma pessoa pode ser ou fazer.” (OLIVEIRA; GOMES, 2013, p. 72). A distinção entre capacidade, capacitações e funcionalismo deve ser esclarecida preambularmente para que haja compreensão deste trabalho.

O termo ‘capacitações’ é utilizado por Amartya Sen, explorado no livro “*Capability and Well-being*”, e, em uma abordagem econômica-filosófica, representa “um leque de combinações do que pode uma pessoa

¹ Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí; mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada.

ser ou fazer, a liberdade de capacidades de uma pessoa” (OLIVEIRA; GOMES, 2013, p. 72), com enfoque baseado na renda e na riqueza.

Por sua vez, ‘funcionamentos’ traduz um ideal aristotélico e idealiza “as diversas coisas que uma pessoa pode ser ou fazer e, de tal maneira, podem variar das mais elementares às mais complexas; o foco é a pessoa e os funcionamentos são partes constitutivas do estado da pessoa.” (OLIVEIRA; GOMES, 2013, p. 75).

Noutro ponto, as ‘capacidades’ – das quais se fala(rá) – são manifestação da liberdade; traçam “direitos humanos centrais, em função dos quais a justiça social básica é definida”, e somente a partir dessa concepção de capacidades centrais é que a questão da renda e riqueza podem ser levantadas, visto que as capacidades não são negociáveis, não podem ser resolvidas através da oferta às pessoas em maior ou menor quantidade (NUSSBAUM, 2013, p. 203-204).

Nessa linha, a reformulação da teoria rawlsiana da justiça social realizada pela autora, permitiu ampliar o conceito de dignidade humana, abarcando, também, a manifestação da liberdade do indivíduo, denotando-se, apesar de não haver referência expressa no texto nesse sentido, que dentre as liberdades humanas existe a garantia de se observar e proteger também a autonomia individual.

Uma vez que se faz necessário estabelecer ideais mínimos para que haja a proteção e reconhecimento de uma sociedade justa, dentre elas, é possível notar que implicitamente conduzem à aspectos intimamente ligados ao exercício da autonomia da vontade, notadamente porque permitem àquele indivíduo o exercício de sua liberdade no processo de escolha de suas capacidades.

Para tanto, o presente trabalho busca, *a priori*, nortear o leitor acerca da conotação *lato sensu* da autonomia da vontade, conceituando-a e pairando sobre aspectos dogmáticos essenciais para a compreensão mínima de seu entorno.

Na sequência, a abordagem do enfoque das capacidades proposto por Martha Nussbaum faz-se necessária a fim de verificar se a teoria das capacidades serve de alicerce teórico para a garantia e exercício da autonomia da vontade do indivíduo.

2 AUTONOMIA DA VONTADE EM SUA CONOTAÇÃO LATO SENSU

Em que pese a noção de autonomia poder ser vinculada a um conceito que retoma ideais antigos, fato é que a concepção de autonomia individual é um tanto quanto respeitável e atrelada, notadamente ao pensamento filosófico-político contemporâneo recendido por Immanuel Kant.

Antigamente o termo ‘autonomia’ era utilizado não para referenciar indivíduos, mas apenas no que se relacionava com as cidades e a possibilidade de elas editarem suas próprias leis. Uma cidade autônoma deveria ser contrastada com uma colônia, na qual as leis eram dadas, ou melhor, impostas pela cidade-mãe (O’NEILL, 2005, p. 29).

No século XVIII, Rousseau, no Contrato Social, definiu liberdade como “a única que torna o homem verdadeiramente senhor de si mesmo, pois o impulso do apetite, por si só, é escravidão e a obediência à lei que ela se prescreveu, é a liberdade”; logo, apesar não nomeá-la como autonomia da vontade, a liberdade prescrita pela lei e a ela submetida nada mais era do que o próprio ideal de autonomia (NASCIMENTO, 2012, p. 15).

Foi, então, no período moderno e na Fundamentação da Metafísica dos Costumes que a filosofia moral de Kant renovou a perspectiva liberal e nomeou-a como autonomia, relacionando-a com o fundamento da moral, intrínseco aos indivíduos, introduzindo a ideia

de que a autonomia é fundamental e, portanto, a importância de sua proteção, respeito e promoção (O'NEILL, 2005, p. 29).

A autonomia individual está baseada como uma capacidade ou característica que os indivíduos podem ter em um grau maior ou menor, através de sua manifestação de forma independente, correta e apropriada (O'NEILL, 2005, p. 29).

A definição de autonomia para Kant pode ser transcrita como “a propriedade da vontade de ser ela mesma sua lei”, pela qual foi expressada através do imperativo categórico “age segundo a máxima tal de possas, ao mesmo tempo, querer que ela se torne lei universal.” (KANT, 2009, p. 59).

Nessa linha, para Kant, existe uma inter-relação entre moral e racional, porquanto “os seres humanos são os únicos seres da natureza que não poderiam ser usados unicamente como meios”, já que dotados de lei moral e, portanto, capazes de julgar-se a si mesmo e às suas ações (KANT, 1986, p. 71 apud RECKZIEGEL, 2016, p. 208).

Partindo-se de uma análise literal da palavra, autonomia deriva do grego, *auto* representa próprio, enquanto *nomos* significa lei ou norma, da qual se extrai a ideia de “autogoverno da pessoa, autodeterminação de seu destino, liberdade de tomar decisões que digam respeito à sua vida e saúde física.” É um conceito que se relaciona, por si só, com a interioridade humana (PEGORARO, 2002, p. 106).

Denota-se, portanto, que a autonomia, sinônimo de liberdade, “é o ponto central do conceito de dignidade humana, pois o homem só pode considerar o exercício de sua vontade através da liberdade, pois ela é inseparável da autonomia, sendo o ser humano dotado de dignidade na liberdade.” (BARRETO, 2010, p. 69 apud RECKZIEGEL, 2016, p. 210).

Dessa forma, a autonomia da vontade refere-se à escolha de modo que nela esteja incluída a liberdade e a racionalidade, na medida em que a liberdade representa a lei universal do indivíduo e a racionalidade

a sua transposição a uma sociedade, de modo que haja uma relação dos indivíduos em sociedade.

Logo, “a autonomia da vontade é o fundamento da dignidade”, sendo a racionalidade do ser humano o ponto que o distingue dos animais (RECKZIEGEL, 2016, p. 213).

Como elemento nuclear da dignidade da pessoa humana, a autonomia – autodeterminação da pessoa – “refere-se à capacidade de autodeterminação de cada ser humano em suas condutas, sendo que o absolutamente incapaz possui a mesma dignidade de uma pessoa capaz.” (SARLET, 2009, p. 22).

Logo, deve ser entendida “como a capacidade de a pessoa determinar seu próprio destino, por meio da racionalidade e sem pressões do mundo externo.” (RECKZIEGEL, 2016, p. 215).

Quando objetiva um fim, “torna-se um fenômeno que interessa a várias ciências, dentre as quais, a psicologia, a ética, a filosofia e o direito. Para o direito, a vontade tem especial importância, eis que é um dos elementos fundamentais do ato jurídico.” (CABRAL, 2004, p. 90-91 apud FABRO, 2014, p. 212).

Portanto, a ideia cerne da autonomia é justamente a faculdade de nortear sua conduta, sem que haja imposições externas cogentes. É o direito de tomar decisões independentes em direção a um fim ou valor.

3 O ENFOQUE DAS CAPACIDADES PROPOSTO POR MARTHA NUSSBAUM

Desenvolvida a partir da releitura do contrato social proposto por John Rawls, o enfoque das capacidades surgiu como alternativa filosófica às abordagens econômico-utilitaristas que vigoravam o ponto central das discussões a respeito da qualidade de vida e desenvolvimento social e político (NUSSBAUM, 2013, p. 84-86).

Acapabilities approach é principalmente liberal, já que se relaciona diretamente com a autonomia ética de Kant e, ao mesmo tempo, conecta-se com as noções de argumento funcional de Aristóteles, bem como com a concepção de necessidade de Marx (MONEREO ATIENZA, 2012, p. 53 apud ATIENZA, 2015, p. 94).

Nussbaum não apenas confirma essas conexões, como também adota em sua teoria das capacidades alguns aportes pessoais muito relevantes como incidentes sobre os elementos das questões distributivas (MONEREO ATIENZA, 2012, p. 53 apud ATIENZA, 2015, p. 94).

Enquanto uma das precursoras da filosofia moral, Martha Nussbaum nota que a teoria da justiça como equidade formulada por Rawls (em “Uma Teoria da Justiça”), contém falhas e obscuridades – até mesmo por conta do desenvolvimento da sociedade –, desse modo, reconstruiu as ideias da teoria contratualista de modo a incluir indivíduos que não estavam inseridos no contexto do pacto social, dentre eles os deficientes físicos e mentais, os cidadãos de países em desenvolvimento e os animais.

O enfoque das capacidades visou 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 humana requer.” (NUSSBAUM, 2013, p. 84).

O cerne do projeto está na ideia de que deve haver um conjunto de direitos fundamentais concedidos a todo cidadão de modo a resguardar-lhe uma sociedade dignamente justa. Havendo falha nessa proteção, violam-se os fundamentos da justiça básica, implícitos nas noções de dignidade humana.

Para tal consecução, a autora lista as capacidades humanas centrais, considerada por ela aquilo 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.” (NUSSBAUM, 2013, p. 84), voltadas a ideia de vida com dignidade humana.

As capacidades foram dispostas de modo a se tornarem objetivos políticos, pois livres de “qualquer fundamentação metafísica específica” (NUSSBAUM, 2013, p. 85), abarcando, com isso, argumentos que neutralizam opiniões controversas.

A base do enfoque das capacidades é a dignidade humana, pautada na visão kantiana, mas não só, com elementos especificantes que a ampliam e fundamentam.

A lista de capacidades centrais desenvolvida pela autora visa estabelecer um mínimo apropriado para que a sociedade possa ser considerada justa. Trata-se de um rol aberto e é inegável que sofre(rá) modificações com o tempo (NUSSBAUM, 2013, p. 91):

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; 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.

Nessa exposição, o enfoque das capacidades é universal, notadamente porque seus ideais são abstratos e genéricos, de modo que cada sociedade, conforme suas idealizações, podem se adaptar. A proteção aposta na listagem é propositalmente genérica, como forma de se amoldar as diversas realidades políticas, sociais e religiosas.

Essa generalidade e abstração das capacidades visa proporcionar à vida humana uma série de possibilidades, na medida em que cabe a cada indivíduo qual das capacidades desejará desenvolver e de que forma, representando, por decorrência, a própria faculdade que o indivíduo deve gozar não para eleger suas capacidades, mas para, dentre as mínimas protegidas e garantidas, de que forma a exercer qual escolher.

Esse modo de desenvolvimento corresponde a um funcionamento, denominado “vetor de funcionamentos”, que representam as escolhas feitas pelos indivíduos dentro do liame da dignidade humana (MOREIRA; SILVA, 2012, p. 224).

A ideia central é igualar as capacidades básicas dos indivíduos, concedendo-lhes e protegendo a eles um mínimo de possibilidades para que possam desfrutar de uma vida humana digna e, assim, cada pessoa escolherá quais e em que limites deseja explorar as capacidades (MOREIRA; SILVA, 2012, p. 224).

Pode-se dizer, portanto, que Nussbaum propõe, na teoria das capacitações, uma *universal framework* (estrutura universal) com o fim de fixar e embasar um método para avaliar a qualidade de vida das pessoas (OLIVEIRA; GOMES, 2013, p. 89).

Com isso, os direitos humanos – considerado na proposta como aqueles que fundamentam o indivíduo e são inerentes às pessoas humanas – entendidos pelo enfoque de Martha Nussbaum como capacitações, necessitam de aportes e intervenções estatais diretas, como proteção e garantia de um mínimo básico que reflete a dignidade humana.

Além disso, partindo-se do princípio filosófico-moral das capacidades, funcionamentos básicos e liberdade para exercê-los, denota-se que o exercício da teoria das capacidades proposta por Nussbaum necessita da autonomia da vontade do indivíduo para que haja, diga-se, aplicabilidade, de modo que “as capacitações são priorizadas com mais clareza e passam a compor o núcleo central de exigências e de comprometimentos dos Estado e também da arena global para com as pessoas.” (OLIVEIRA, GOMES, 2013, p. 91).

Nesse sentido é que se desenvolve o presente contexto, de modo que se pretende verificar no enfoque das capacidades aspectos voltados à autonomia da vontade.

4 UMA LEITURA DA AUTONOMIA DA VONTADE A PARTIR DO ENFOQUE DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM

Impossível cindir dignidade humana de autonomia da vontade. Notando-se, principalmente, que se entrelaçam e servem de alicerce uma para a outra.

A dignidade humana é debatida hoje em várias áreas. Constitui um valor comum sobre o qual as leis e a sociedade pluralista estão enraizadas. Por essa lógica, quase todas – se não todas – as modernas constituições fazem referência a esse direito fundamental.

Apesar dessa previsão extensa e garantida, fato é que não há como definir seu conteúdo de uma única maneira, nem há como haver acordo sobre o seu significado ou mesmo aplicabilidade eficaz (BERNARDINI, 2010, p. 45). Isso porque existem especificidades em cada sociedade, de modo que se faz mais do que necessário um conceito de dignidade humana que seja o mais flexível e abstrato possível, visando amoldar-se a todas as sociedades e culturas.

É natural que

qualquer teoria que pretenda refletir sobre as normas de agir humano, sobre o que é justo e injusto ou sobre o que é desejável, deve dispor, ao menos minimamente, de uma explicação dos motivos pelos quais o ser humano possui uma dignidade e porque ela deve ser respeitada. (FABRES, 2015, p. 10).

Seguindo a ideia proposta pelo filósofo Oliver Sensen, em seu livro *Kant on Human Dignity*, dois paradigmas norteiam a concepção de dignidade: o tradicional e o contemporâneo (SENSEN, 2011).

A conceituação tradicional remonta ao ideal de dignidade predominante durante a maior parte da história da filosofia, a partir do

qual o ser humano ocupa uma posição hierarquicamente superior no universo e na natureza decorrente de sua dignidade.

Baseou-se, portanto, em um valor inerente que “o homem é um ser superior na natureza e, portanto, sua superioridade diante dos outros animais o torna um ser naturalmente possuidor de dignidade”, pressupondo-se, aqui, a dignidade conferida aos deuses e divindades (FABRES, 2015, p. 12).

Noutro ponto, o paradigma contemporâneo traz a noção de dignidade enquanto “uma propriedade de valor inerente com base na qual se pode reclamar o respeito dos outros” (SENSEN, 2011, p. 54); uma propriedade metafísica de valor imutável e independente cuja exigência seria a humanidade de quem a possui.

Funda-se, portanto, na acepção de “um valor inerente que não pode ser definido senão derivando-o da evidência de que o homem é um ser digno – pelo fato de ser é um ser humano, é um ser possuidor de dignidade.” (FABRES, 2015, p. 12).

Nesse contexto de dignidade, e em uma visão denominada “politicamente exigente” pelo referido autor.² Nussbaum trata-a como sendo um “conjunto maior de capacidades e necessidades pelas quais os seres humanos se diferenciam dos outros animais” e com essas características é que se fala de uma particularidade genérica entre todos eles, justamente a dignidade humana (FABRES, 2015, p. 12).

A noção kantiana de dignidade – não instrumentalização das pessoas humanas – é uma das mais poderosas já desenvolvidas, mormente

² Note-se, aqui, que as denominadas concepções exigentes “não podem fundamentar, senão de forma arbitrária, um respeito humano entre os membros de uma sociedade. Não seria possível, a menos que arbitrariamente, supor que da racionalidade humana deriva a necessidade religiosa e, portanto, o direito à liberdade religiosa, por exemplo. Da mesma forma, a menos que suponhamos o ser humano como um ser essencialmente político, sua dignidade não pressupõe a necessidade de liberdades políticas. Precisamente por isso, supõe-se que seja necessário a descrição do que seria um funcionamento autenticamente humano para fundamentar o que seria uma vida de acordo com esta dignidade humana e, desta forma, o que seria uma violação da dignidade ou uma condição de vida indigna.” (FABRES, 2015, p. 16).

porque a introdução desse ideal por Kant se realizou a partir de uma conexão com o imperativo categórico, aduzindo que cada pessoa deve ser vista e tratada como um fim em si mesmo e nunca apenas como um meio, a passo que torna a dignidade algo insubstituível (ADORNO, 2009, p. 441), nada mais sendo que a pura expressão da autonomia da vontade.

Quando relaciona os conceitos de dignidade à pessoa humana, atribui à concepção de autonomia moral como “base da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (ADORNO, 2009, p. 441).

De tamanha importância quanto, mas sob o ponto de vista jurídico-filosófico, pode-se também considerar, conforme visão de Ingo Wolfgang Sarlet, que uma conceituação clara do que efetivamente seja dignidade da pessoa humana no mundo jurídico revela-se no mínimo difícil de se obter, mormente porque se tratam de termos vagos e imprecisos, notadamente caracterizados pela ambiguidade e porosidade, bem como pela essência polissêmica (SARLET, 2013, p. 18).

A dignidade não existe apenas onde o Direito a assegura – já que detém um viés ontológico e filosófico-moral –, ela é preexistente e anterior a toda experiência especulativa.

Logo, o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido à matriz kantiana, centrando-se na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa, no qual essa liberdade é considerada em abstrato, sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto (SARLET, 2013, p. 23).

Noutro viés, mais individualista, Habermas considera a dignidade da pessoa vinculada às relações humanas, marcadas pela reciprocidade e respeito (SARLET, 2013, p. 25).

Fato é que, no ordenamento jurídico, a dignidade é um conceito em evolução, baseado nos Direitos Humanos como meio de proteção e efetividade e, portanto, impossível de se estabelecer de modo fixista, sob pena de justamente anulá-la (LIMA JUNIOR; FERMENTÃO, 2012, p. 325).

Ademais disso, conceitos etimológicos, sociológicos, filosóficos, psíquico, moral, jurídico, não esgotam individualmente a concepção de dignidade. Interlaçam-se e dependem um do outro para que possam contribuir para a construção da real dignidade humana, defendida de forma mais ampla possível.

No entanto, apesar das doutrinas e conceituações existentes ao redor da dignidade, fato é que seu esgotamento e alcance únicos mostram-se distantes, a par das diferenças existentes em cada sociedade e meio cultural.

Não obstante, de modo positivo, denota-se que, certou ou errado a partir de cada ponto de vista, a grande maioria das sociedades possui um primado de dignidade, que considera, de acordo com aquela realidade, aspectos que julga intangíveis, intocáveis e absolutos, de modo a serem garantidos e efetivados a todos os indivíduos.

Nessa contribuição, Martha Nussbaum (2013, p. 170) afirmou que “a dignidade não é algo que possa definir-se de forma prévia e independente das capacidades, mas que se encontra de certo modo imbricada nelas em sua definição.”

Mais do que a noção de dignidade enquanto fundamento básico da pessoa definida em John Rawls, o enfoque das capacidades atribui à dignidade as características da racionalidade e da animalidade como fundamentos unificados e, dessa forma, considera que, por existir diferentes dignidades animais, todas merecem respeito (NUSSBAUM, 2013, p. 196-197).

Além disso, a sociabilidade também é entendida pela autora como incluída do conceito de digno, sendo igualmente fundamental e abrangente, de modo a considerar as necessidades corporais uma característica da racionalidade e sociabilidade (NUSSBAUM, 2013, p. 196-197).

Logo, para a autora, essa “nova concepção do que é digno e valioso no ser humano justifica a ruptura com as circunstâncias humianas/rawlsianas da justiça. [...] Temos o direito ao respeito em função da dignidade mesma de nossas necessidades humanas.” (NUSSBAUM, 2013, p. 197, grifo nosso).

Essas necessidades humanas nada mais são do que o exercício livre da vontade de cada indivíduo, pautado na autonomia da vontade que dispõem de exercerem seus ideais e, justamente, a racionalidade que os difere dos animais.

A abordagem das capacidades busca saber as “oportunidades reais de funcionalidade e de escolha”, aquilo que se demonstra essencialmente importante para que se alcance a vida adequada nos padrões dignamente impostos e aceitos (DIXON; NUSSBAUM, 2012, p. 557).

Nesse enfoque, parte-se da concepção de que o desenvolvimento de uma pessoa se torna possível no momento em que ela tiver liberdade para escolher o modo de vida que deseja e, além disso, disponha de condições para exercer plenamente aquilo que entende ser o melhor para sua vida.

Essa abordagem do enfoque da teoria das capacidades refere-se à criação das condições necessárias à liberdade de escolha, oportunidades reais de vida digna, enquanto direito individual (RENCK, 2014, p. 22).

Como exemplo de exercício livre da autonomia da vontade, Nussbaum refere-se aos “pacientes que têm um amplo campo de direitos com relação a tratamento médico, e esses direitos devem ser expandidos

(com mais acesso à informação e escolha de assistência) ao invés de restringidos.” (NUSSBAUM, 2013, p. 211).

É possível notar, ademais, que dentro da lista das capacidades realizada pela autora, a essência da escolha é realizada livremente, de modo que deve haver a proteção dos itens, no entanto, a seleção do método de utilização deve ser realizado pelo próprio indivíduo, justamente como desenvolvimento de sua autonomia e respeito à dignidade humana.

Segundo Nussbaum, “somente na própria área de autorrespeito e dignidade, acredito que a funcionalidade real seja o objetivo apropriado das políticas públicas.” (NUSSBAUM, 2013, p. 211).

Segue a autora exemplificando a ideia na medida em que supôs que o Estado dissesse “damos a opção de você ser tratado com dignidade. Aqui está um centavo. Se você nos devolvê-lo, trataremos você com respeito, mas, se preferir, pode ficar com ele e humilharemos você.” (NUSSBAUM, 2013, p. 211).

Condicionar a dignidade à vinculação de determinada forma de atuação é retirar a ideia de autonomia e cingi-la do ideal protegido pela dignidade.

Dentre a concepção de capacidades da autora, denota-se que a dignidade e autonomia estão relacionadas de tal modo que se faz necessário a proteção e garantia de ambas para que haja a construção da sociedade justa, na medida em que haverá respeito à dignidade quando os princípios políticos ofereçam respeito a todos os cidadãos, e que, nesta instância específica, fosse-lhes fornecida a oportunidade de escolha (NUSSBAUM, 2013, p. 212).

É na ideia central da abordagem das capacidades que se funda a necessidade de o Estado garantir a todos os seus cidadãos que alcancem um nível mínimo adequado de capacidades, conduzindo à perspectiva de que não é o Estado que seleciona quem alcançará determinadas

capacidades, mas sim o próprio indivíduo, cabendo ao Estado apenas disponibilizar a eles as mesmas condições.

Desse modo, intrínseca nas capacidades está a ideia de autonomia da vontade, na medida em que fornecendo o Estado condições iguais de sociedade justa, cabe apenas à pessoa a opção de escolher e eleger suas prioridades, incluindo, dessa forma, às pessoas com deficiência a faculdade de escolher dentre a dependência ou individualidade, no entanto, havendo à sua disposição ambas as modalidades de desenvolvimento (NUSSBAUM, 2013, p. 231-232).

Nesse ponto, não há como dissociar a autonomia da vontade da dignidade humana, percebendo-se que a primeira é uma decorrência da garantia da segunda, possuindo pontos de equilíbrio no ideal desenvolvido pelo enfoque das capacidades.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na perspectiva apontada no presente trabalho, pôde-se inferir a existência de uma conexão entre o conceito de dignidade humana e autonomia da vontade, de modo que, retirando-se da ideia de exercício autônomo da vontade, fere-se a essência da dignidade humana.

Dessa forma, o enfoque das capacidades proposto por Martha Nussbaum dentre o qual buscou listar os direitos humanos centrais do indivíduo, o que chamou de capacidades, visou definir a justiça social básica.

Ademais disso, a autora não se afastou do imperativo categórico kantiano, do qual não se pode tratar a outra pessoa como mero objeto, mas o ampliou para abarcar, também, as pessoas descapacitadas, excluídas.

Nota-se, portanto, que a autonomia da vontade está implicitamente abrangida no conceito de dignidade humana proposto por

Martha Nussbaum, podendo vê-la em uma conotação mais pragmática nas acepções das funcionalidades.

Fato é que é possível identificar no enfoque das capacidades fundamentos para proteção e respeito à autonomia da vontade, notadamente porque é possível notar tais garantias nas acepções de dignidade humana que implicitamente conduzem à aspectos intimamente ligados ao exercício da autonomia da vontade, em especial porque permitem aquele indivíduo o exercício de sua liberdade no processo de escolha.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Roberto. A noção paradoxal de dignidade humana. *Bioética*, Brasília, DF, v. 17, n. 3, p. 435-449, 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/509/510>. Acesso em: 20 ago. 2017.

ATIENZA, Cristina Monereo; NUSSBAUM, Martha C. Otro Enfoque para la Defensa del Ser Humano y de los Derechos de las Mujeres. *Secuencia*, v. 36, n. 70, p. 93-114, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n70p93>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BERNARDINI, Paola. Human Dignity and Human Capabilities in Martha C. Nussbaum. *Iustum Aequum Salutare*, v. 6, i. 4, p. 45-52, 2010. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/iaesal6&type=text&collection=journals&id=750>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

DIXON, Rosalind; NUSSBAUM, Martha. Children's rights and a Capabilities Approach: the question of special priority. *Chicago Public Law and Legal Theory*, Chicago: The Law School the Univerity of Chicago, p. 549-94, 2012.

FABRES, Ricardo Rojas. Considerações em torno de uma concepção exigente da dignidade humana. *Emancipação*, Ponta Grossa, v. 15, n. 1, p. 9-21, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

FABRO, Roni Edson; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Constitucionalização da Autonomia da Vontade como expressão do Direito Fundamental de Liberdade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Spring Unoesc International Legal Seminar*, Chapecó, p. 199-2018, 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes – Segunda Seção*: Transição da filosofia moral popular à metafísica dos costumes. Tradução Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes de; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. A Eficácia do Direito à Dignidade da Pessoa Humana. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, v. 12, n. 1, p. 313-340, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/2400/1651>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

MOREIRA, Henrique Brum et al. A querela Nussbaum x Butler como um conflito entre gerações. *Ítaca*, n. 20, 2012. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/Itaca/article/download/209/198>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

OLIVEIRA, Fabio Alves Gomes de; GOMES, Jacqueline de Souza. Ética e Direitos Humanos: Um Enfoque a Partir da Teoria das Capacitações. *Diversitates*, v. 5, n. 1, p. 70-91, jun. 2013. Disponível em: <<https://diversitatesjournal.files.wordpress.com/2013/08/v5n1-artigo5.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

O'NEILL, Onora. *Autonomy and trust in bioethics*. New York: Cambridge University Press, 2005.

PEGORARO, Olínto A. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis: Vozes, 2002.

RECKZIEGEL, Janaína. *Dignidade Humana em Risco: existe limite para as experiências científicas?* Curitiba: Prismas, 2016.

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.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SENSEN, Oliver. *Kant on human dignity*. Berlin: Walter de Gruyter, 2011. v. 166.

WEST, Robin. Human Capabilities and Human Authorities: A Comment on Martha Nussbaum's Women and Human Development. *St. Thomas Law Review*, v. 15, i. 4, p. 757-790, 2003. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/stlr15&id=767&collection=journals&index=#>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

AS CAPACIDADES E AS PESSOAS VULNERÁVEIS NA BUSCA DA JUSTIÇA PARA MARTHA C. NUSSBAUM

Eduardo Bonamigo¹

I INTRODUÇÃO

O trabalho a seguir se baseia unicamente no texto de Martha C. Nussbaum, precisamente na sua obra *Fronteiras da Justiça*. O livro é um trabalho crítico à John Rawls, cujo autor, para Nussbaum, possui uma teoria política de maior intensidade atualmente. Utilizando-se da teoria de justiça de John Rawls, Nussbaum busca ampliá-la para fins de que as ideias de Rawls sejam aptas a lidar com questões até então consideradas uma limitação da teoria. Nussbaum admite que a teoria de Rawls, com seus fundamentos e princípios, serve de guia para busca de solução de difíceis questionamentos quando o que se busca é concretização da justiça. Desenvolve no livro a teoria das *capacidades* como sendo o melhor caminho para a conquista da justiça e inclusão social. O trabalho que aqui se apresenta não busca em outras fontes de pesquisas ou em ainda em livros além de *Fronteiras de Justiça* para fins de caracterização de ‘vulneráveis’ dentro da sociedade. Concentra-se exclusivamente na obra citada.

¹ Especialista em Direito Constitucional; mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Servidor da Previdência Social.

2 AS CAPACIDADES

A autora Martha C. Nussbaum contempla na obra *Fronteiras da Justiça a teoria das Capacidades*. Apresenta as *capacidades* como uma maneira de buscar a justiça entre as pessoas e também de desenvolvimento dos direitos humanos. Apresenta diversas abordagens sobre as teorias de contrato social, de diversos autores clássicos, como Hobbes, Locke, Hume e Kant. Dentre as teorias analisadas sobre contrato social, seu trabalho leva em conta muito da teoria da justiça desenvolvida por John Rawls, teoria esta amplamente analisada e debatida no desenrolar do livro.

Seu trabalho inicia sobre as principais características existentes sobre contrato social, bem como estudos e relações sobre tais. Na pesquisa desenvolvida por Martha Nussbaum é apontado como principal característica das teorias observadas a vantagem mútua. Ou seja, para os atores envolvidos no contrato social, sempre será baseado em situação que as partes devem absorver vantagens de forma a contemplar todos os lados.

Com a ideia de vantagem mútua do contrato social, a autora traz para discussão a possibilidade de uma das partes não poder oferecer vantagens nesse contrato. Nesse sentido contempla, portanto, as pessoas com deficiência, com ênfase nas deficiências mentais. Inclui em nota de rodapé, nas folhas 120 da obra, observações sobre a terminologia deficiência: “*impedimento (impairment)* é uma perda de função corporal normal; *deficiência (disability)* é algo que você não pode fazer em seu meio ambiente em função de uma lesão; *handicap* é a desvantagem competitiva resultante.” Na mesma nota de rodapé aponta, também, a distinção entre ‘doença mental’ e ‘impedimento cognitivo’ abordados pela literatura, inclusive discordando delas, já que a literatura traz a “*doença mental*, tida como primeiramente uma desordem emocional, e *impedimentos cognitivos*, ou *deficiências intelectuais*, tidas como envolvendo somente a razão e as emoções.” A crítica da autora para dizer que tal divisão é equivocada é

que casos nucleares de doenças mentais se tem impedimentos de ordem cognitivas e emocionais, como é o caso da esquizofrenia. Ainda apresenta como argumento que “as emoções envolvem a cognição”. Assim sendo, utiliza durante seu texto as expressões ‘impedimento mental’ e ‘deficiência mental’ para abarcar os impedimentos ‘cognitivos’ e ‘doenças mentais’ (NUSSBAUM, 2013, p. 120).

Na busca da justiça, as noções de contrato social conhecidas não seriam suficientes para contemplar as pessoas deficientes, justamente por não atender a característica marcante de vantagem mútua.

Martha C. Nussbaum define uma lista com dez *capacidades* como objetivos gerais de uma sociedade, para fins de garantir uma justiça social mínima. Justifica que uma sociedade que não consiga garantir as dez *capacidades* listadas, mesmo em níveis mínimos, não pode ser considerada uma sociedade plenamente justa. São as dez *capacidades* humana centrais para Nussbaum:

- a) Vida;
- b) Saúde física;
- c) Integridade física;
- d) Sentidos, imaginação e pensamento;
- e) Emoções;
- f) Razão prática;
- g) Afiliação;
- h) Outras espécies;
- i) Lazer;
- j) Controle sobre o próprio ambiente.

Sobre a lista das *capacidades* a autora deixa bem claro que não é lista acabada ou fechada. Assim admite, portanto, que essa lista seja ampliada ou modificada com o passar do tempo.

Explica a autora que dentro da sociedade poderá haver prioridades no desenvolvimento de cada uma das *capacidades* listadas. Porém, explica a importância de se atender, mesmo que de maneira mínima cada um dos pontos. O enfoque das *capacidades* é a aplicação da mesma lista para todos os cidadãos. Assim haverá a noção de um nível mínimo para cada uma das *capacidades*, desenvolvendo um mínimo como limite de vida digna, afirmando que abaixo deste limite não há uma vida decentemente digna para as pessoas.

3 A LISTA DAS CAPACIDADES DEVE SER MANTIDA PARA TODOS

O nível mínimo pode variar dentro de uma sociedade, e também ao longo do tempo. Traz como exemplo que a idade que uma criança deve ter educação gratuita garantida pelo Estado seja até aos dezessete anos, ou talvez aos dezenove, mas não se discute se deveria ser até aos doze anos de idade. Fica claro a necessidade de educação básica, garantida pelo Estado, até determinada idade, e que está idade mínima não aceitaria regressão, no exemplo, para discussão se doze anos seria aceitável.

Nesse sentido, Nussbaum afirma a necessidade de manter a lista das *capacidades* para todos, mesmo que em maior ou menor intensidade, tem-se que haver a todos os itens lá relacionados. A ideia para se manter uma lista única das *capacidades* é para uma sociedade justa. Uma lista única não significa dizer que as ideias dos cidadãos sobre sua realização sejam únicas, mas por considerar o fato que as pessoas concordem com um grupo de direitos constitucionais fundamentais hábeis para vários modos diferentes de vida, direitos que são inerentes a dignidade humana.

Apresenta os seguintes exemplos para fins de contemplar a atenção à todos itens da lista: Exemplo a) pessoa que acredita ser errado participar da política, mas mesmo assim apoia o direito de votar

como importante da lista, justamente porque escolher viver em uma sociedade democrática, afinal de contas, se não estivesse numa sociedade democrática poderia estar inserido numa ditadura com um líder opressor; Exemplo b) ateus, agnósticos ou pessoas que odeiam a religião podem mesmo assim apoiar o livre exercício religioso como parte importante da sociedade. Aqui para garantir a própria possibilidade de não ter religião, ou seja, possibilidade e escolha, e que não fosse obrigado a seguir determinada doutrina, ou deus, por imposição externa.

Isso se deve ao fato de ser melhor não participar da vida política ou de não seguir nenhuma religião por opção do que de maneira compulsória – um Estado que obrigue a participar (ou não) da política ou um Estado que obrigue a seguir determinada religião (ou nenhuma).

O enfoque das *capacidades* afirma que o “poder escolher é bom em parte por causa da realidade do pluralismo razoável: outros concidadãos fazem escolhas diferentes, e respeitá-los inclui respeitar o espaço dentro do qual essas escolhas são feitas.” (NUSSBAUM, 2013, p. 226).

A própria autora questionasse: e se tirássemos tais *capacidades* da lista? Ou seja, se tais *capacidades* são irrelevantes para aquelas pessoas, então, seria possível excluir da lista e mesmo assim pensarmos em vida digna? Admite com resposta que isso seria impraticável. Seria um fracasso oferecer as pessoas opções de troca (de uma capacidade por outro, ou de exclusão de determinada capacidade do rol). Poder-se-ia, com isso, criar ordens separadas de cidadãos (alguns teriam certos direitos básicos que outros não possuiriam). Teríamos a ideia de hierarquia e não de igualdade.

Como um dos principais pontos do trabalho em *Fronteiras da Justiça* é a análise das *capacidades* para as pessoas com deficiência, parte-se para a questão da lista de *capacidades* única para os cidadãos com impedimento mental.

Novamente a autora se questiona se “o nível social mínimo deve também permanecer o mesmo?” Para essa resposta, e por mais grave que

seja a privação mental, certas *capacidades* ainda existem. Pelo menos algumas *capacidades* humanas importantes manifestam-se nesses casos, e tais *capacidades* conectam-se com a comunidade humana: habilidade de amar, relacionar-se, percepção, dentre outras. A vida da pessoa com restrição mental está ligada com outras relações, e é capaz de participar de forma ativa de muitas delas (NUSSBAUM, 2013, p. 229).

Nessa situação, não é possível dizer que mesmo com todo o cuidado necessário teremos a produção de todas as *capacidades* da lista mesmo em um nível mínimo. Usar uma lista de *capacidades* diferentes ou até mesmo instituir limites mínimos diferentes para as *capacidades* é perigoso. Afirmar que não é possível alcançar um objetivo social por ser difícil ou custo elevado é um modo fácil de escapar do risco.

Permanece aqui a ideia de uma lista única de *capacidades*. “[...] um conjunto não negociável de direitos sociais, e trabalhar sem descanso para trazer todas as crianças com deficiência até os mesmos limites mínimos de capacidade que estabelecemos para outros cidadãos.” (NUSSBAUM, 2013, p. 233).

Assim sendo, a autora reforça a ideia de manutenção de lista única para qualquer nação, mesmo que alguns aspectos da listagem sejam aplicados com menor ênfase.

4 PESSOAS COM IMPEDIMENTOS – DEFICIÊNCIAS

A obra aqui abordada traz as pessoas com deficiência como atores possíveis de realização de contratos sociais, não devendo ser levado em conta apenas a característica de vantagem mútua.

Martha C. Nussbaum enfatiza a necessidade de respeito as pessoas com impedimentos mentais, pois são cidadãos plenamente iguais, membros da comunidade humana e com possibilidade de condução

de uma boa vida. São indivíduos como qualquer outro e não ‘tipo’ de indivíduo, como uma espécie inferior que se afasta da espécie humana.

Ainda que as pessoas com limitação mental não venham a atingir todas as *capacidades* da lista, não significa dizer que está florescendo uma forma diferente de vida. Considerando a necessidade de colaboração a ser dispendida para tal pessoa, sendo que a sociedade deve se esforçar para dar tantas *capacidades* forem possíveis, pode-se alcançar por meio de adequada tutoria. Mesmo assim, a tutoria não seria tão satisfatória quanto o exercício pleno das *capacidades* pela própria pessoa.

Nussbaum afirma que a sociedade tem a obrigação de custear, por exemplo, tratamento de saúde que venha a melhorar a situação da pessoa com deficiência, e não oferecer como desculpa que a deficiência é ‘por natureza’. Diz que se fosse possível ainda no útero interferir para que não houvesse impedimentos tão grave, dever-se-ia fazer. Nesse sentido, alega que não é proposta eliminar as incapacidades através de engenharia genética, mas também não se opõe a tal situação.

Na obra é apresentado como certos países adotam mecanismos de acompanhamento das pessoas com impedimentos. A maioria dos países tem medidas de tutela para proteger as *capacidades* (se não todas, pelo menos algumas) das pessoas com impedimentos mentais. Inúmeras nações criam alternativas criativas com foco na dignidade humana das pessoas com deficiência.

A Suécia, desde 1994, tem uma abordagem diferenciada da tutela, estabelecendo uma pluralidade flexível das relações. Lá, a principal abordagem de serviço assistencial é o ‘mentoreamento’ (mentor, chamado de *god man*). O mentor, nesses casos, não altera a os direitos civis do tutelado, realiza suas ações somente com o consentimento do ‘mentoreado’, e seus direitos e deveres assemelham-se aos de alguém com uma procuração. É um Tribunal que nomeia o mentor e estes são

remunerados pelo Estado pela prestação de serviço. Os idosos são o maior contingente a receber um mentor.

Os casos em que a pessoa com deficiência pode estar sofrendo riscos, um guardião pode ser nomeado, e diferentemente do mentor, o guardião pode tomar decisões pela pessoa tutelada. Tem-se a figura ‘das pessoas de contato’, que são remuneradas por fundos públicos, com a função de fazer companhia as pessoas que poderiam estar isoladas; O ‘assistente social’, remunerado pelo governo, que auxilia o tutelado em várias transações; e também a ‘pessoa de escolta’, qual a finalidade é acompanhar a pessoa com deficiência a atividades esportivas, de lazer, culturais, e que são pagas pelo governo.

A lei alemã de 1992 oferece uma gama de princípios para instrumentalizar sua tutela, são eles: o princípio da necessidade (impede a tutela se a pessoa tem a possibilidade de administrar sua vida utilizando outros serviços sociais); princípio da flexibilidade (limite a autoridade do guardião, visa a alternativa menos restritiva, seguir os desejos do tutelado); princípio da autodeterminação (substituição do guardião por uma autoridade); princípio de proteção dos direitos (subsídio financeiro para a assistência e evitar a interdição legal).

A tutela, assim, é um método para facilitar o acesso das pessoas com deficiência a todas as *capacidades*, favorecendo ao máximo a pessoa para participar de tomada de decisões e de escolha.

Nussbaum deixa evidente no seu trabalho que a educação é uma importante ferramenta na busca da justiça, bem como na execução das *capacidades*. Assim direciona a atenção para a necessidade de políticas públicas de educação das pessoas com deficiência. Identifica-se que as pessoas com deficiências mentais são ‘segredadas e estigmatizadas ainda mais do que as pessoas com diversos impedimentos físicos’ (fls. 245). Cita o exemplo de crianças portadoras da síndrome de Down que

foram barradas em um zoológico sob o pretexto de que aborreceriam os chimpanzés.

A autora diz que nas sociedades modernas há uma imensa dificuldade na dispensa de educação adequada para as pessoas com impedimentos mentais. Caso histórico da corte americana, *Brown vs. Ministério da Educação*, afirmou que era uma violação da igualdade de proteção a negação de escola pública gratuita aos portadores de deficiência mental. O caso *Goldberg vs. Kelly* que aborda direitos sociais confirmou que é interesse do Estado em manter o bem-estar dos cidadãos, e isso supera outros fatores, como por exemplo e de evitar aumentos de encargos públicos. Os casos citados são de fundamental importância na construção da teoria de Nussbaum, pois demonstram a concepção de cooperação social e sustentam os princípios articulados pelo enfoque das *capacidades*.

Uma crítica de Nussbaum perante a teoria de Rawls é que, para ele, a abordagem da dignidade humana e inclusão social não devem comprometer o Estado no apoio as pessoas com impedimentos físicas e mentais, levando em conta como ponto de partida os próprios princípios políticos básicos. Diz Nussbaum que “o propósito da cooperação social não é ganhar vantagem, é incentivar a dignidade e o bem-estar de todo e qualquer cidadão.” Na decisão do caso *Mills* fica evidente que isto é inaceitável, o apoio aos cidadãos deve ser de maneira igualitária, não importando os custos (NUSSBAUM, 2013, p. 248).

5 A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO

Na abordagem de educação das crianças com impedimentos mentais se sugere mudanças na atitude e no treinamento dos professores. Tais ações não são extremamente custosas após serem introduzidas e entrelaçadas ao currículo.

A decisão proferida no caso Mills, em 1975, acarretou a aprovação pelo Congresso Americano da Lei de Educação para Todas as Crianças Incapacitadas. Assim, um imenso número de crianças deficientes mentais garantiu direito obrigatório a educação pública adequada e gratuita. Posteriormente, em 1997, a lei foi alterada, de forma leve, considerando a Lei da Educação de Indivíduos com Deficiências. Sobre o caso Cidade de Cleburne vs. Residência Coletiva de Cleburne. Uma cidade texana não autorizou uma casa para pessoas com problemas mentais, já que nesta cidade exigia-se autorização especial para tais residências. A negativa da permissão consistiu no medo que as pessoas com deficiências mentais provocavam.

Em 1997 tem-se a Lei da Educação de Indivíduos com Deficiência (*Individuals with Disabilities Education Act – IDEA*). A principal característica desta norma é a individualidade humana. A lei assume que as pessoas com deficiência são indivíduos com necessidades diferenciadas. A ideia central da lei é o Programa de Educação Individualizada (*Individualized Education Program – IEP*). Exige que os estados eduquem as crianças com deficiência e ambiente menos restritivo e que seja adequado as suas necessidades. Assim, incentiva a integração destas pessoas. Tal prática representa para a criança com deficiência mental menos riscos de ser estigmatizada e excluída do grupo, bem como oferece as crianças sem deficiência a convivência com as adversidades e lhes demonstre aspectos de humanidade. Aduz a autora “Mas, para os propósitos da lei, o reconhecimento básico da individualidade está acima de tudo: assim, quando uma criança parece beneficiar-se mais de uma educação especial do que de uma educação corrente, exige-se que o estado apoie tal alocação especial.” (NUSSBAUM, 2013, p. 253-254), bem como “o respeito pela individualidade tem de estar acima de tudo se os objetivos inerentes ao enfoque das *capacidades* devem ser realizados.” (NUSSBAUM, 2013, p. 255).

Nussbaum dia que a IDEA está longe de total efetividade, cita a falta de verbas e que raramente é individualizada como deveria. A

aplicação é realizada de maneira desigual, como por exemplo, pais melhores informados sobre o problema da criança tem melhores resultados. Indica também a internet como fonte válida de troca de informações e que a ‘desigualdade digital’ levanta preocupação consistente sobre a desigualdade do resultado. Dificuldades no plano teórico são aventadas no que tange as mais variadas deficiências de aprendizagem, algumas de natureza pouco conhecidas.

Para fins de relatar sobre a inclusão das crianças com deficiência em escolas, tem-se como grande problema que a lei separa crianças com deficiência mental como uma classe à parte, e direciona a educação para ser individualizada e direcionada para promover as *capacidades* humanas. Então se levanta a questão de que a lei protege a educação daquelas crianças em que é possível a classificação, enquanto as outras ficam sem a devida atenção. A autora diz que “há crianças, com diversas *capacidades* e diversos impedimentos, e todas precisam de atenção individualizada na medida em que suas *capacidades* se desenvolvem.” (NUSSBAUM, 2013, p. 259).

Nesse sentido, para Nussbaum, a IDEA se mostra, mesmo com as considerações, com um grande avanço, e que foi alvo de emendas. Portanto, fica evidente que a lei continua vulnerável à política. Nesse sentido mecanismos de controle, de acompanhamento, aprimoramento e financiamento podem ser afetados.

6 CONCLUSÃO

O texto apresentado são apenas comentários sobre pontos de suma importância para a teoria das *capacidades* de Martha C. Nussbaum. Não foi contemplado o trabalho da autora como um todo, já que há capítulos do livro *Fronteiras da Justiça* que sequer foram comentados aqui (por exemplo os animais não humanos). A autora, na busca da justiça social, coloca seu trabalho com a lista das *capacidades* como um frutífero

caminho a ser abordado e o mais apropriado para o tema. A possibilidade de aceitar pessoas com impedimentos (físicos ou mentais) na construção do contrato social é uma característica marcante do trabalho da autora. A importância da educação e do tratamento igualitário deste grupo de vulneráveis são aspectos de justiça social.

REFERÊNCIAS

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

AÇÕES AFIRMATIVAS: INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, EM FAVOR DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, E EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL, SEGUNDO UMA VISÃO DE MARTHA NUSSBAUM

Juliano Serpa¹

I INTRODUÇÃO

Ao longo da história verifica-se uma discriminação, por parte da sociedade, com relação a determinados grupos de pessoas, de caráter minoritário, impossibilitando-lhes o reconhecimento e exercício dos direitos fundamentais. Dentre estes grupos merece destaque as pessoas com deficiência, já que desde o período da antiguidade eram tratadas de forma marginalizada e excluídas.

A partir de uma mudança de concepção acerca do princípio da igualdade, em que a igualdade formal perante a lei, que não considerava diferenças sociais e as desigualdades existentes entre as pessoas, cedeu lugar à igualdade material, real ou substancial, passou-se a conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade.

¹ Especialista em Direito Tributário pela Fundação Universidade Regional de Blumenau; mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Juiz do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Seguindo este mesmo caminho, a *Capability Approach* (Teoria do enfoque das capacidades), que tem Martha Nussbaum como uma de suas maiores expoentes, surge como alternativa às tradicionais teorias contratualistas e utilitaristas, sendo considerada uma nova abordagem ao problema da justiça e dos direitos fundamentais, fornecendo uma lista de *capacidades humanas centrais*, capazes de garantir o mínimo social básico, que devem ser respeitadas e implementadas pelos governos, inclusive em favor das pessoas com deficiência (grupo excluído da teoria do contrato social), como forma de lhes garantir uma vida com dignidade.

O enfoque das capacidades apresenta como pretensão fundamental a liberdade como meio de alcançar o bem-estar, a qual se mede em termos de capacidades, que são as verdadeiras liberdades e/ou oportunidades necessárias que permitem materializar as funcionalidades, consubstanciada naquilo que se pode ser ou fazer.

Ao contrário da teoria contratualista, que marginalizava as pessoas com deficiência, por não permitir que projetassem a estrutura básica da sociedade, a *Capability Approach*, a partir de uma análise econômica e social, possibilita a destinação de desigual quantidade de tratamento aos que estão em situação de desvantagem, como forma de permitir que alcancem a sua plena capacidade.

Com isso, para que se alcancem os direitos elencados na relação das *capacidades humanas centrais* e, com isso, atingir a igualdade material de tratamento às pessoas com deficiência, faz-se necessária a implantação de ações afirmativas por parte do Estado, fazendo com que a pessoa passe a ter oportunidades, possibilidades de escolher como alcançar o pleno bem-estar.

Somente a medida em que essas capacidades, tidas como pilares para o desenvolvimento humano, forem otimizadas, a dignidade das pessoas com deficiência será respeitada.

Por isso, mostra-se importante o estudo e análise da teoria do enfoque das capacidades como fator de inclusão social e, acima de tudo, meio de efetivação do princípio da dignidade humana.

Para tanto, este trabalho, elaborado a partir do método dedutivo e tendo a obra “Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie”, de Martha Nussbaum, como marco teórico, será dividido em três partes.

Na primeira, buscar-se-á demonstrar a evolução do conceito de igualdade, até atingir a concepção de igualdade material ou substancial, bem como os aspectos históricos, conceitos e objetivos das ações afirmativas.

Num segundo momento, serão apresentados os aspectos gerais da teoria do enfoque das capacidades, a partir de uma visão de Martha Nussbaum, colocando-a como um contraponto às teorias contratualistas e utilitaristas.

Será demonstrado, na sequência, a *Capability Approach* como fundamento para a implementação de políticas públicas em favor das pessoas com deficiência, onde o Estado passa a atuar ativamente na busca da concretização da igualdade substancial.

As ações afirmativas surgem, então, como instrumento de efetivação do princípio constitucional da igualdade e de inclusão social, assegurando às pessoas com deficiência o efetivo exercício das capacidades, para que possam viver uma vida com dignidade.

2 AÇÕES AFIRMATIVAS: INSTRUMENTO PELA BUSCA DA IGUALDADE MATERIAL

O princípio da igualdade possui várias acepções, as quais foram surgindo ao longo do tempo, de acordo com as necessidades sociais de cada época, dando-lhe o caráter abrangente e plurissignificativo da

atualidade, consistindo, segundo Bellitani (2006, p. 7), um “mecanismo essencial que está à disposição dos legisladores e aplicadores das leis, para o fim último de concretizar o ideal de uma sociedade mais humana, onde o indivíduo possa ser visto como seu principal elemento.”

O ideal de igualdade não é novidade no mundo moderno, tendo em vista que pensadores da antiguidade, como Sólon, Péricles e Platão já anunciavam a sua importância como um elemento essencial da justiça.

Aristóteles, por sua vez, mesmo defendendo a ideia de que a desigualdade era algo natural, inato à natureza humana, observava que a justiça somente poderia ser alcançada por meio da igualdade (BELLINTANI, 2006, p. 9).

A partir das ideias e pensamentos dos pensadores do Mundo Antigo, no que tange a igualdade, estabeleceram-se premissas de suma importância para que tal princípio fosse erigido a corolário essencial do Direito no mundo atual:

a) Todos os homens são naturalmente iguais; b) a igualdade é a essência da justiça; c) a igualdade pressupõe a comparação e não tem sentido entre coisas não comparativas; d) a igualdade obriga a tratar igualmente o igual, desigualmente o desigual; e) a igualdade é a base da democracia; f) a igualdade não é necessariamente aritmética, podendo (e devendo), em certos casos, ser geométrica; g) a igualdade contém um componente de adequação às situações e aos fins; h) a igualdade implica a participação das oportunidades. (BELLINTANI, 2006, p. 10).

No mundo moderno, a partir das revoluções ocorridas nos Estados Unidos e na França, no final do Século XVIII, surgiu o conceito de igualdade perante a lei, sendo uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, vista genérica e abstratamente, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, sendo aplicada de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e, também, sobre os conflitos individuais.

Segundo esta concepção, haveria o tratamento igual pela norma em termos absolutos, de modo que as desigualdades existentes entre os

homens eram consideradas irrelevantes no momento da elaboração dos dispositivos legais, como também para a sua aplicação.

Essa clássica concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como ideia-chave do constitucionalismo que floresceu do século XVIII e prosseguiu sua trajetória por boa parte do século XX.

O princípio da igualdade perante a lei está presente nas constituições brasileiras desde o Império, passando por algumas transformações ao longo desse período, visando apenas resguardar a elaboração e aplicação de normas de forma homogênea, partindo-se da premissa de que os homens nasciam absolutamente iguais e assim permaneciam ao longo de suas vidas, devendo ser tratados de maneira uniforme, independentemente de qualquer circunstância.

Pinho (2005, p. 104) ressalta que “regras como essas conferiram tratamento igual para pessoas iguais, deixando claro que entre a igualdade total e a sua total inobservância há gradações. A igualdade formal ou igualdade ‘perante a lei’ é uma delas.”

E seguindo, Pinho (2005, p. 105) afirma, ainda, que “o conceito de igualdade perante a lei é técnico, bem como por isso, é “errôneo confundi-lo com anseios ou propósitos de eqüidade ou de justiça social.” Além do mais, “a igualdade perante a lei (igualdade formal) não exaure a igualdade como direito.”

A igualdade formal, que trata cada ser humano individualmente, estipula que eles nascem e permanecem iguais em direitos, ignorando a relativização a que as pessoas estão submetidas, em face de sua inserção social (BELLINTANI, 2006, p. 20).

Verifica-se, assim, que, independentemente de qualquer circunstância, os homens, numa concepção de igualdade formal, eram tratados de maneira uniforme, genérica, geral e abstrata, ou seja, sendo submetidos sempre às mesmas regras, independentemente de qualquer distinção ou desigualdade que existisse entre eles.

Todavia, esta concepção formal de igualdade, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, não era suficiente, por si só, para concretizar efetivamente a dignidade da pessoa humana.

Isto porque, segundo Baez (2012, p. 44), a igualdade formal perante a lei, sem considerar assimetrias sociais e as desigualdades existentes entre as pessoas, dentro de um modelo de Estado não intervencionista, resultaria na formação de um sistema desequilibrado, no qual o mais forte economicamente acaba explorando impiedosamente o mais fraco, gerando níveis de degradação humana, dentro dos quais seria impossível desenvolver uma sociedade saudável, diante do agravamento cada vez maior das desigualdades sociais.

A igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições (BARBOSA, 2003, p. 4).

Torna-se, por isso, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata, fazendo-se necessária, a partir desta nova concepção de igualdade, a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade.

Assim, se uma primeira vertente de instrumentos nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata (*igualdade formal*), percebe-se, com o passar dos anos, a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade (*igualdade material*).

A partir dessa nova ótica, determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada, de modo que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção.

Com isso, a sociedade passa a exigir do Estado prestações positivas em favor da população, propugnando maior atenção por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas.

Como é muito bem exposto por Cruz (2009, p. 10), o paradigma social do direito consolidou a perspectiva de tratamento privilegiado do hipossuficiente econômica e socialmente, dando colorações distintas ao princípio da igualdade, tal como concebido pelos revolucionários franceses, deixando seu aspecto formal e assumindo uma concepção material, como forma de “tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.”

Verifica-se, desta forma, que em lugar de uma concepção estática de igualdade, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, fruto do Estado Social de Direito, a qual recomenda uma noção dinâmica de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade (GOMES, 2003, p. 4).

Bellintani (2006, p. 26) assegura que a concretização da dignidade da pessoa humana somente é possível a partir da observância da ótica material do princípio da igualdade, denominada de igualdade na lei, de modo que “os iguais devem ser tratados como iguais e os desiguais como desiguais, na medida de suas desigualdades”, permitindo-se que existam tratamentos legais diferenciados, sempre que a realidade fática seja diversa e demande tais distinções.

No mesmo viés afirma Gomes (2001, p. 4), ao descrever que a igualdade material, fruto do Estado Social de Direito, inversamente ao conceito igualitário formal, busca a igualdade de oportunidades, levando

em consideração as desigualdades concretas, de modo que se tratem as situações desiguais de maneira desigual.

Barbosa (2001, p. 4) entende que nasce, a partir desta nova concepção, o conceito de igualdade material substancial, recomendando que se levem em consideração as desigualdades concretas existentes na sociedade, devendo as situações desiguais ser tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade.

Mello (1995, p. 12) afirma que o princípio da igualdade perante a lei, como encontra-se na Constituição Brasileira, não se restringe a nivelar cidadãos diante da norma legal, mas exige que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia.

O princípio da igualdade, segundo Mello (1995, p. 12), restringe um tratamento desuniforme às pessoas, mas é próprio da lei dispensar tratamentos desiguais, pois “as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes.”

Na análise de Martins (1996, p. 206), com relação ao princípio da igualdade, a “Constituição de 1988 inaugurou na tradição constitucional brasileira o reconhecimento da condição de *desigualdade material* vivida por alguns setores e propõe medidas de proteção, que implicam a presença positiva do Estado.”

Isto porque, segundo referido autor, “para além da igualdade formal, a Magna Carta estabeleceu no seu texto a possibilidade do *tratamento desigual para pessoas ou segmentos* historicamente prejudicados nos exercícios de seus direitos.” (MARTINS, 1996, p. 206).

O simples fato de positivar de maneira expressa o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, na concepção de *igualdade formal*, não efetivava o texto constitucional, sendo insuficiente para proporcionar aos indivíduos hipossuficientes as mesmas oportunidades

que aos indivíduos socialmente privilegiados, fazendo-se necessário a igualdade de oportunidades e não de condições.

Até porque “o ideal de uma sociedade mais humana e mais justa é que haja uma igualdade de oportunidades, na qual todos os cidadãos possam concorrer em condições equitativas pelos bens escassos da vida.” (BELLINTANI, 2006, p. 26).

Verifica-se, assim, que da concepção liberal de igualdade que capta o ser humano em sua conformação abstrata, genérica, o Direito passa a percebê-lo e a tratá-lo em sua especificidade, como ser dotado de características singularizantes.

Piovesan (2010, p. 241) pontua que esse processo implicou a especificação do sujeito de direito, tendo em vista que, ao lado do sujeito genérico e abstrato, delinea-se o sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concreticidade de suas diversas relações, ou seja, do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades.

A partir de então, o indivíduo, que era considerado de forma genérica e abstratamente, passa a ser visto especificado, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc.

Com a igualdade material, passa-se a tratar o indivíduo especificamente, reluzindo as suas características singulares, com a finalidade de extirpar ou pelo menos minimizar as desigualdades econômicas, sociais, com escopo último de promover justiça social.

A partir dessa nova postura o Estado abandona a sua tradicional posição de neutralidade e de mero espectador dos embates que se travam no campo da convivência entre os homens e passa a atuar ativamente na busca da concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais.

Esta mudança de postura do Estado, saindo da neutralidade para o ativismo, constitui, segundo Barbosa (2001, p. 6), a mais eloquente

manifestação da moderna ideia de Estado promovente, atuante, eis que de sua concepção, implantação e delimitação jurídica participam todos os órgãos estatais essenciais.

E seguindo, Barbosa (2001, p. 6) enaltece o papel do Poder Judiciário de guardião da integridade do sistema jurídico como um todo e especialmente dos direitos fundamentais, como instituição formuladora de políticas tendentes a corrigir as distorções provocadas pela discriminação.

Em meio a esta necessidade de incluir, de proporcionar a igualdade, aparecem políticas sociais, como instrumentos de efetivação e concretização da igualdade material, e o principal meio é o conhecido por ações afirmativas ou discriminação positiva.

As ações afirmativas surgem, então, como instrumento de efetivação do princípio constitucional da igualdade e de inclusão social, com a pretensão de garantir mais que a igualdade perante a lei, mas também no seio social.

O modelo de ação afirmativa consolidou-se na década de 1960, nos Estados Unidos, na Executive Order n. 10.965, de 6 de março de 1963, de iniciativa do Presidente Democrata John F. Kenedy, passando, a partir de então, a denominar qualquer iniciativa tendente à proteção da integração do desenvolvimento e do bem-estar das minorias (BATALHA, 2013, p. 375).

No Brasil, as ações afirmativas possuem guarida na Lei Maior, visto que é princípio fundamental do texto constitucional a promoção do bem geral. Pode-se dizer, portanto, que as ações afirmativas, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, são instrumentos ou medidas para aferir eficácia ao objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, que é o de promover a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, CRFB/1988), sem preconceitos de origem, raça, sexo,

cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos I e IV, CRFB/1988) (BATALHA, 2013, p. 375).

Uma simples análise do texto constitucional revela que a Constituição Federal de 1988 não se limita a proibir a discriminação, afirmando a igualdade, mas permite, também, a utilização de medidas que efetivamente implementem a igualdade material, sendo que tais normas propiciadoras da implementação do princípio da igualdade se acham precisamente no Título I da Constituição, o que trata dos Princípios Fundamentais da República, isto é, cuida-se de normas que informam todo o sistema constitucional, comandando a correta interpretação de outros dispositivos constitucionais.

Alexy (2001, p. 419) conceitua de forma bastante ampla as ações positivas, consistindo em toda e qualquer prestação por parte do Estado. Para ele, em contraponto as ações negativas (abstenções) do Estado, existem

os direitos a uma ação *positiva* do Estado, que pertencem ao status positivo, mais precisamente ao status positivo em sentido estrito. Se se adota um conceito amplo de prestação, todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em um sentido mais amplo; de forma abreviada: como direitos a prestações em sentido amplo.

As ações afirmativas constituem uma necessidade temporária de correção de rumos na sociedade, com o propósito de impedir que relações sociais, culturais e econômicas sejam deterioradas em função da discriminação.

Na mesma linha de posicionamento, Bellintani (2006, p. 47) define as ações afirmativas como mecanismos legais temporários, que têm por escopo fomentar a igualdade substancial entre os membros da comunidade que foram socialmente preteridos, valendo-se da possibilidade de inserir discriminações positivas, no sentido de tratar

desigualmente os desiguais, para que estes possam alcançar o mesmo nível, patamar ou status social que os demais membros da comunidade.

Nas palavras de Gomes (2001, p. 40-41) as ações afirmativas consistem um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, que visam o combate da discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como a mitigação dos efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

E complementa, Barbosa (2001, p. 41), que as ações afirmativas são, na verdade, políticas e mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Rocha (1996, p. 286), por sua vez, vislumbra a ação afirmativa como o meio para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante da sociedade, promovendo-se a igualação jurídica efetiva e, conseqüentemente, uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, superando o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.

Batalha (2013, p. 375) enfatiza a concepção de que “a ação afirmativa pressupõe condutas positivas do Estado, que tem por escopo compensar diferenças, corrigir distorções, reduzir o preconceito, efetivar a igualdade de oportunidades e respeitar àqueles indivíduos ou grupos vulneráveis.”

As ações afirmativas, segundo a visão de Paulo Lucena de Menezes (2001, p. 27), consiste em medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias

sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor das categorias que se encontram em posições desvantajosas.

Vida (2002, p. 35-36) salienta que

*por **affirmative action** (acción afirmativa) se entiende, según la genérica definición dada por la Comisión Norteamericana de Derechos Cíviles, cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada o para impedir que la discriminación se reproduzca en el futuro. En sentido estricto, el término acción afirmativa hace referencia a aquellas políticas que adjudican determinadas ventajas o preferencias em función explicitamente de la pertenencia a un determinado grupo definido por um cierto rasgo transparente e imutable.*

Kaufmann (2007, p. 220) visualiza nas ações afirmativas um instrumento temporário de política social, praticado por entidades privadas ou pelo governo, por meio do qual se visa a integrar certo grupo de pessoas à sociedade, como forma de aumentar a participação desses indivíduos sub-representados em determinadas esferas, nas quais tradicionalmente permaneceriam alijados por razões de raça, sexo, etnia, deficiência física e mental ou classe social.

Estes programas positivos implementados pelas ações afirmativas têm por objetivo precípua promover o desenvolvimento de uma sociedade plural, diversificada, consciente, tolerante às diferenças e democrática, possibilitando, por consequência, que as minorias participem efetivamente da comunidade.

As ações afirmativas, assim, são mecanismos de cunho distributivo, não devendo ser vistas como “esmolas” ou “clientelismo”, mas como elemento essencial ao Estado Democrático de Direito, com o propósito de redistribuir, de forma mais justa e igualitária, os recursos existentes e os meios para sua obtenção.” (BATALHA, 2013, p. 375).

Além deste caráter distributivo, as ações afirmativas apresentam, também, um viés pedagógico, com o objetivo de produzir na sociedade

o ideário de que a diversidade cultural é salutar, pois cada dia mais a presença de “diferentes” na sociedade é uma constante, e por-lhes à margem social, negando-lhes o direito à igualdade de oportunidade, é retrocesso, que terá grandes reflexos no futuro, no qual haverá grandes parcelas da população isolada e carecedora de inúmeros direitos, isto é, a desigualdade extrapolará ao convívio social harmonioso (FRANÇA, 2011, p. 18).

A partir dos ensinamentos trazidos, verifica-se que as ações afirmativas visam combater as desigualdades e implantar maior isonomia substancial entre os membros de uma mesma sociedade, ainda que se encontrem em situações de desigualdade, sendo mecanismos temporários de inclusão social que visam inserir entre os homens de uma mesma comunidade maior igualização, em face do seu teor distributivo, sem se afastar do seu caráter pedagógico, podendo abarcar pessoas físicas e jurídicas, em decorrência da necessidade de concretização do princípio maior de qualquer Estado Democrático de Direito, qual seja, a efetivação da dignidade da pessoa humana, que somente pode ser alcançada por meio da justiça social.

3 ASPECTOS GERAIS DA TEORIA DE MARTHA NUSSBAUM

A *Capability Approach*, nacionalmente conhecida como “enfoque das capacidades” ou *Abordagem das Capacidades*, surgiu como uma alternativa às tradicionais teorias contratualistas e utilitaristas de matriz liberal, sendo considerada uma nova abordagem ao problema da justiça e dos direitos fundamentais, por fornecer um guia mais sólido para questões do campo jurídico e das políticas públicas.

Esta teoria teve como um de seus expoentes Amartya Sen, sendo que sua abordagem foi desenvolvida mais voltada para o campo da economia, concentrando-se na “mensuração comparativa da qualidade

de vida, apesar de também estar interessado em questões de justiça social.” (NUSSBAUM, 2013, p. 84).

Ao contrário de Sen, Nussbaum (2013, p. 84), a partir de sua leitura e abordagem da teoria do “enfoque das capacidades”, procurou “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 humana requer.”

Para a teoria contratualista, a sociedade é vista como um contrato de vantagens mútuas (pessoas ganhando algo por viverem juntas, que não ganhariam se tivessem cada uma por si) entre as pessoas que são “livres, iguais e independentes.” (NUSSBAUM, 2013, p. 17-18).

Nussbaum (2013, p. 19) apresenta, principalmente, um contraponto à teoria do contrato social defendida por John Rawls, enfatizando que um dos grandes problemas da teoria contratualista sobre a origem da justiça política e social está na sua equipação entre os que fazem o pacto e para quem o pacto é feito, de modo que essas regras de justiça nascem para atender a esse público específico de homens livres e produtivos, já que nenhuma doutrina de contrato social inclui pessoas com impedimento mentais físicos, sérios e incomuns, no grupo daqueles em que os princípios políticos básicos são escolhidos.

Segundo o enfoque de Nussbaum (2013, p. 20),

a tradição do contrato social associa duas questões a princípio distintas: “Por quem são determinados os princípios básicos da sociedade?” e “Para quem são determinados os princípios básicos?”. Supõe-se aqui que as partes contratantes sejam as mesmas, como os cidadãos que viverão juntos e cujas vidas serão reguladas pelos princípios que escolhem.

Assim, para a teoria do contrato social, a ideia moral é a da vantagem mútua e reciprocidade entre as pessoas que necessitam fazer tal contrato, onde os princípios escolhidos regulam, num primeiro

momento, suas negociações uns com os outros, sendo que outros interesses e pessoas ainda podem ser incluídos derivativamente, por meio dos próprios interesses e obrigações das partes ou depois que os princípios já tenham sido escolhidos (NUSSBAUM, 2013, p. 21).

Como os sujeitos primários são os mesmos que escolhem os princípios,

quando a tradição determina certas habilidades (racionalidade, linguagem, iguais capacidades mental e física) como pré-requisito para a participação do procedimento que escolhe os princípios, essas exigências geram grandes consequências para o tratamento de pessoas com impedimentos e com deficiências na qualidade de destinatárias ou sujeitos da justiça na sociedade daí resultante. O fato de não serem incluídas entre aqueles que têm poder de escolha significa que também não são incluídas (exceto derivativamente, ou em um estágio posterior) no grupo daqueles para os quais os princípios são escolhidos. (NUSSBAUM, 2013, p. 21).

É possível que os interesses daqueles situados nas fronteiras da justiça venham a ser incluídos depois, por derivação, em uma fase legislativa após os princípios básicos da justiça e os bens primários terem sido fixados sem a consideração das suas necessidades (NUSSBAUM, 2013, p. 23), o que, segundo Hartley (2011, p. 122) não desfaz a lesão à igualdade de tratamento, pois não houve um respeito original à dignidade desses grupos quando da contratação.

Em razão dessa questão de desigualdade de cidadania e, principalmente, impossibilidade de atribuir a uma parcela da sociedade uma vida digna, Nussbaum (2013, p. 22), em contraponto à teoria do contrato social, defende a existência de uma abordagem que sustente que muitos seres vivos, humanos e não humanos, são primariamente sujeitos de justiça, mesmo que não sejam capazes de participar de um procedimento por meio do qual os princípios políticos são escolhidos.

A partir deste conceito, a autora apresenta uma nova abordagem, reconhecendo que “a capacidade para fazer o contrato, e a posse das

habilidades que contribuem para a vantagem mútua na sociedade daí resultante, não são condições necessárias para ser um cidadão que possua dignidade e mereça ser tratado com respeito e igualdade perante os outros” (NUSSBAUM, 2013, p. 22), com o intuito de se buscar uma verdadeira justiça global.

Nesse contexto, então, passou a ganhar destaque a *Abordagem das Capacidades*, de Nussbaum, a qual, segundo a visão de Hartley (2011, p. 120), oferece um enfoque analítico e normativo alternativo, e, ao que tudo indica, também superior aos tradicionais modelos contratualistas e utilitaristas, devido à sensibilidade para com a diversidade das pessoas e ao seu alcance para explicar o direito e o dever de proteção das pessoas historicamente excluídas e discriminadas.

Ao contrário da teoria contratualista, onde a ideia da vantagem mútua é central, na *Abordagem das Capacidades*

a explicação dos benefícios e objetivos da cooperação social possui desde o início uma dimensão moral e social. Apesar de o enfoque não empregar uma situação original hipotética (pois é orientado para o resultado e não procedimental), entende que os seres humanos cooperam motivados por um amplo campo de ensejos, entre eles o amor pela própria justiça e, em especial, por uma compaixão moralizada por aqueles que possuem menos do que precisam para levar vidas decentes e dignas. (NUSSBAUM, 2013, p. 193).

Como se verifica, a *Capability Approach* é uma alternativa aos modelos econômicos de avaliação da qualidade de vida, que levam em consideração apenas o conceito de Produto Interno Bruto (PIB) *per capita*, apresentando “*un enfoque que permita observar aquello que es necesario para que una persona libre sea o haga y así aproveche las oportunidades necesarias para su bienestar en general, para vencer la situación que ha impedido dicho bienestar.*” (REYES-TORRES, 2015, p. 251).

Assim, determinar o grau de bem-estar de uma pessoa somente por critérios econômicos, como a riqueza e renda, bem como

pelo PIB, mostra-se insuficiente, tendo em vista que não examinam as particularidades de cada pessoa, como também as oportunidades que tem disponível para o seu desenvolvimento.

Nesse sentido, Nussbaum (2013, p. 32) enfatiza que

renda e riqueza não garantem bem-estar físico nem psicológico, tendo em vista tanto que as pessoas necessitam de quantidades diferenciadas desses bens primários; quanto aos outros bens, não materiais, como os apresentados na lista das capacidades, são tão ou mais importantes do que renda e riqueza para possibilitar uma vida com dignidade humana a cada indivíduo, independente de suas condições físicas, sociais, mentais ou econômicas.

Logo, o “enfoque das capacidades” considera o desenvolvimento humano sem concentrar-se primordialmente nos aspectos econômicos das pessoas, mas, sim, naquilo que lhe permita viver uma vida em respeito à sua liberdade e dignidade, partindo de um mínimo social básico², por serem as pessoas o verdadeiro objetivo de qualquer país.

Para esta teoria, com o propósito de se alcançar a igualdade de cidadania e, acima de tudo, a dignidade da vida humana, a abordagem das capacidades seria uma fonte de princípios políticos capazes de garantir o mínimo social básico numa sociedade liberal pluralística, a partir do que as pessoas são capazes de fazer e ser, em que se têm nessas *capacidades humanas* as exigências para uma vida apropriada à ideia de dignidade (NUSSBAUM, 2013, p. 84-85).

O enfoque das capacidades orienta-se no sentido de que “a base da reivindicação por um direito é a existência da pessoa como ser humano – não apenas a posse efetiva de um conjunto de “capacidades básicas” rudimentares” (NUSSBAUM, 2013, p. 352), de modo que a possibilidade de reivindicá-los advém do nascimento na comunidade humana.

² Para Nussbaum (2013, p. 84), 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

Nussbaum (2013, p. 352) defende, também, que o enfoque das capacidades “sustenta claramente que os direitos³ relevantes são pré-políticos, e não meramente artefatos das leis e instituições”, sendo que “uma nação que não reconhece esses direitos é nessa medida injusta.”

Sendo a *Capability Approach* orientada para o resultado, ao contrário da teoria contratualista que era procedimental, ela mede a justiça em termos da habilidade de uma nação em assegurar a seus cidadãos uma lista de capacidades centrais, de acordo com alguma especificação apropriada e até um nível mínimo adequado (NUSSBAUM, 2013, p. 347).

O enfoque das capacidades apresenta como pretensão fundamental a liberdade como meio de alcançar o bem-estar, a qual se mede em termos de capacidades. As capacidades, assim, são as verdadeiras liberdades e/ou oportunidades necessárias que permitem materializar as funcionalidades, isto é, aquilo que se pode ser ou fazer (REYES-TORRES, 2015, p. 253).

Reyes-Torres (2015, p. 253-254) enfatiza, ainda, que para os fins que se pretende, o enfoque das capacidades fundamenta-se em dois princípios essenciais, quais sejam, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, ressaltando que

En cuanto al valor de la libertad en el enfoque, hay que distinguir entre capacidad y funcionamiento. El enfoque de las capacidades depende de la libertad que goza la persona para escoger entre los distintos tipos de funcionamiento para su realización o desarrollo como individuo, es decir, la disponibilidad real de libertad por optar entre los distintos tipos o modos de su ejercicio de acuerdo a su voluntad es lo que constituye capacidad, mientras que las funcionalidades no es más que el conjunto de seres o haceres que se escoge en el marco de la capacidad. Por ello es esta última la

³ O enfoque das capacidades é considerado por Nussbaum (2013, p. 350-351) uma espécie de enfoque dos direitos humanos, já que os itens por ela incluídos na lista de capacidades inclui muitos dos direitos também salientados no movimento dos direitos humanos. Para a autora, as capacidades cobrem tanto o terreno ocupado pelos chamados direitos de primeira geração (liberdades políticas e civis) quanto o ocupado pelos chamados direitos de segunda geração (direitos econômicos e sociais).

que debe ser efectivamente protegida, ya que es la que permite la libertad a la persona de escoger los modos de funcionamiento. El outro principio que sustenta el enfoque de las capacidades es la dignidad de la persona. Em tal sentido, la dignidad supone considerar a cada persona com fun em si mismo y no campo um medio. Em el âmbito del enfoque, se entiende que uma pessoa há sido tratada como um fin em si mismo cuando se le há pusto condiciones para vivir de forma humana y cuando está por debajo de esse nivel na há sido capacitada a tal fin y por ende no há sido tratado de acuerdo a su dignidad.

A respeito das capacidades, Sen (2011, p. 275) enfatiza que

A perspectiva da capacidade é inevitavelmente interessada em um ap pluralidade de características diferentes de nossa vida e preocupações. As variadas realizações de funcionamento humanos que podemos valorizar são muito diversas, variando desde estar bem nutrido ou evitar a morte precoce até tomar parte na vida da comunidade e desenvolver a aptidão para seguir planos e as ambições ligadas ao trabalho. A capacidade no qual estamos interessados é o nosso potencial de realizar várias combinações de funcionamento.

Na orientação de Nussbaum, as capacidades são abordadas em sentido jurídico, como sinônimo de direitos, derivados da ideia das capacidades individuais, com as quais se alcança o pleno bem-estar, aquilo que a pessoa pode realmente ser ou fazer (STRAPAZZON; RENCK, 2014, p. 164-165).

As capacidades, assim, por refletirem a liberdade de uma pessoa de escolher entre os diferentes modos de vida, “devem ser perseguidos por toda e qualquer pessoa, cada uma sendo tratada como um fim e nenhuma como mero instrumento dos fins dos outros.” (NUSSBAUM, 2013, p. 85).

A partir deste contexto teórico, Nussbaum (2013, p. 90) apresenta uma lista de dez capacidades como exigências centrais para uma vida digna, consistindo “supostamente objetivos gerais que podem ser mais especificados pela sociedade em questão, na medida em que

esta trabalha na determinação das garantias fundamentais que deseje sancionar.”

Nussbaum (2013, p. 90), a respeito de sua lista de capacidades humanas centrais, enfatiza, ainda, que

de alguma forma, todas são consideradas parte de uma determinação mínima de justiça social: uma sociedade que não as garanta para todos os seus cidadãos em algum nível mínimo apropriado não chega a ser uma sociedade plenamente justa, qualquer que seja o seu nível de opulência.

Ainda que o enfoque das capacidades não pretenda fornecer uma explicação completa da justiça social, apresenta um mínimo de garantias sociais centrais, ressaltando-se, contudo, que essa lista de “direitos” não consiste numa explicação exaustiva da justiça política, uma vez que é possível que existam outros valores políticos importantes, estreitamente conectados com a justiça, mas que não apareçam na relação das capacidades apresentadas (NUSSBAUM, 2013, p. 91).

A partir da teoria do enfoque das capacidades, uma vida compatível com dignidade da pessoa humana depende de se alcançar um mínimo de algumas condições básicas, as quais são materializadas por Nussbaum (2013, p. 91-93) por meio de uma lista das dez capacidades que considera essenciais a uma vida digna.

As capacidades humanas centrais

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 seja 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; 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 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 serem 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 de 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 a busca e apreensão injustificadas. No trabalho, ser capaz de trabalhar como ser humano, exercendo a razão prática e participação de relacionamentos significativos, de reconhecimento mútuo com demais trabalhadores.

A lista apresentada por Nussbaum enumera dez capacidade (ou direitos) não exaustivos, descritos abstratamente e de caráter universal, já que aplicável em todas as nações, podendo suas especificações variar

conforme a cultura de cada uma delas, que tem por objetivo empregar “um nível mínimo para cada capacidade, abaixo do qual se acredita que aos cidadãos não está sendo disponibilizado um funcionamento verdadeiramente humano.” (NUSSBAUM, 2013, p. 85).

Nussbaum (2013, p. 205) defende que todas as capacidades são direitos fundamentais dos cidadãos, sendo, por isso, indispensáveis para uma vida decente e digna, de modo que deve ser assegurado o mínimo de cada capacidade, por ter cada uma a sua importância, não sendo possível compensação daquela que eventualmente estiver abaixo do limite por outra que está num nível maior.

A autora enaltece, ainda, que todos os direitos devem ser assegurados às pessoas como requisitos centrais da justiça, considerando-se que todo o conjunto desses direitos, adequadamente definidos, é necessário para haver justiça, não sendo possível a substituição de nenhum direito por outro, nem tampouco compatibilizações ou compensações, por se estar lidando com um nível mínimo de cada uma dessas condições (NUSSBAUM, 2013, p. 103).

Esta importância e imprescindibilidade de cada uma das capacidades elencadas faz com que

as capacidades sejam radicalmente não negociáveis: a carência de uma área não pode ser resolvida simplesmente oferecendo às pessoas uma quantidade maior de outra capacidade. [...] Todos os cidadãos tem direito, baseado na justiça, a todas as capacidades, até um nível mínimo adequado. Se as pessoas estão abaixo desse nível mínimo em qualquer das capacidades, isso é uma falha de justiça básica, não importa quão avançadas estejam em todas as outras. (NUSSBAUM, 2013, p. 205).

Sendo os seres humanos caracterizados pelo que Marx chamou de “riqueza da necessidade humana”, somente uma pluralidade de oportunidades, proporcionadas pelas capacidades humanas centrais listadas por Martha Nussbaum, poderá proporcionar a realização de suas

atividades vitais e, conseqüentemente, uma vida humana decente e digna (NUSSBAUM, 2013, p. 205).

A respeito da pluralidade das capacidades humanas centrais, Nussbaum (2015, p. 102) ressalta que “o enfoque das capacidades insiste desde o início que os elementos de uma vida com dignidade humana são plurais e não singulares, e, portanto, que os direitos sociais centrais também são plurais”, de modo que “seria um grave erro escolher qualquer uma das dez capacidades como critério para determinar as posições sociais relativas: todas são requisitos mínimos para uma vida com dignidade, e todas elas são distintas em qualidade.”

Pode-se verificar, assim, que o enfoque das capacidades, segundo a visão de Nussbaum (2013, p. 191), não é uma doutrina política sobre os direitos básicos, nem uma doutrina moral abrangente, não pretendendo sequer ser uma doutrina política completa, somente especifica certas condições necessárias para que uma sociedade seja dignamente justa, na forma de um conjunto de direitos fundamentais para todos os cidadãos.

A não garantia aos cidadãos desses direitos, levando-se em consideração suas diferentes necessidades, de acordo com seus atributos físicos, sensoriais, cognitivos e mentais, e também de acordo com sua inserção em determinado contexto e condições sociais, acarretará grave violação da justiça básica, por estarem implícitos nas próprias noções de dignidade humana e de uma vida segundo a dignidade humana.

4 A CAPABILITY APPROACH COMO FUNDAMENTO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS EM FAVOR DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Na atualidade, em que a deficiência não é mais sinônimo de incapacidade, como previsão antiga constante na redação original do

artigo 20, § 2º, da Lei Orgânica da Assistência Social,⁴ o conceito válido de pessoa com deficiência é, portanto, aquele trazido pela Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que, alterando o mencionado dispositivo legal, reproduziu o conceito previsto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência,⁵ assinada em Nova Iorque no ano de 2007:

Art. 20. [...]

[...]

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Verifica-se, a partir do conceito acima trazido, que a deficiência é tida como uma limitação de caráter instrumental, cientificamente qualificada, possibilitando uma real aferição da matéria a ser tutelada pelo Direito e os limites físicos, fisiológicos, sensoriais ou mentais que deverão merecer suplementação por intermédio de instrumentos ou ações positivas que visem, acima de tudo, a efetivação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, a proteção e realização da dignidade da pessoa humana.

Merece destaque, ainda, outro avanço implementado a partir do conceito introduzido pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi o de não restringir o conceito de deficiência ao aspecto médico, incorporando, também, o aspecto social.

⁴ Lei nº 8.742/93:

Art. 20. [...]

[...]

§ 2º Para efeitos de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para o trabalho e para a vida independente.

⁵ O referido conceito foi constitucionalizado pelo Brasil ao ratificar a mencionada Convenção, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186/2008, de acordo com o procedimento previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Até então, vigorava exclusivamente o conceito biomédico de deficiência, que sustentava uma posição discriminatória e não inclusiva da sociedade como um todo. Segundo Leite (2012, p. 46), o modelo médico considera a deficiência como um problema do indivíduo, diretamente causado por uma doença, trauma ou condição de saúde, que requer cuidados médicos, a partir de um tratamento individual, visando conseguir a cura ou uma melhor adaptação da pessoa.

Contudo, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a partir de um novo conceito, traz ao mundo jurídico um modelo social da deficiência, de modo que, a partir desta nova leitura, a deficiência não está restrita exclusivamente a catalogação das doenças por meio da medicina, estando relacionada, também, com as barreiras impostas pela própria sociedade.

A respeito do aspecto social, incorporado no conceito de deficiência, observa Ricardo Tadeu Marques da Fonseca (2008, p. 263) que o próprio conceito de pessoa com deficiência inserido pela referida Convenção Internacional carrega forte relevância jurídica, haja vista que incorporou na tipificação das deficiências, além dos aspectos físicos, sensoriais, intelectuais e mentais, relacionados ao aspecto médico, a conjuntura social e cultural em que o cidadão com deficiência está inserido, sendo nestas o principal fator de cerceamento dos direitos humanos que lhe são inerentes.

De acordo com este novo conceito, além da deficiência sob o aspecto médico, que é o impedimento de natureza física, mental, intelectual ou sensorial que está na própria pessoa, há a deficiência da sociedade, cujas barreiras podem impedir a participação em condições de igualdade com as demais pessoas.

A partir desta nova visão acerca do conceito de deficiência, inserindo, além dos aspectos biomédicos, as questões sociais, verifica-se que a deficiência em si não torna a pessoa com deficiência incapacitada,

mas, sim, o meio em que ela está inserida, por vezes deficiente, não possibilitando o acesso de forma plena a essas pessoas, deixando, por consequência, de proporcionar equiparação de oportunidades (LEITE, 2012, p. 51).

Nussbaum (2013, p. 130), compartilhando deste mesmo entendimento, enfatiza que na maioria das vezes o que transforma uma pessoa com impedimentos em uma pessoa com deficiência, ou que impede que produza ou coopere com a sociedade, são as barreiras impostas pela própria sociedade.

Todas as pessoas têm o direito às capacidades humanas, incluindo-se neste contexto as pessoas com deficiência que, acima de cidadãos, são detentores do direito de viver dignamente. Assim,

uma abordagem satisfatória da justiça humana requer reconhecer a igualdade de cidadania para as pessoas com impedimentos, inclusive impedimentos mentais, e apoiar apropriadamente o trabalho de sua assistência e educação, de tal maneira que também ajudem a lidar com os problemas causados pelas deficiências associadas. (NUSSBAUM, 2013, p. 121).

Sarlet (2013, p. 37) conceitua a dignidade da pessoa humana como uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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, se por um lado assegurem-lhe contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, por outro como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A dignidade da pessoa humana consiste, então, na razão do ser de direito e fundamento da ordem política e, também, da paz social, consagrando-se como um alicerce da ordem jurídica democrática e justa.

Não obstante a dignidade humana seja igual para todos os seres humanos, os mesmos possuem diferenças substanciais que precisam ser reconhecidas e protegidas para que alcancem a plenitude da sua dignidade.

No entanto, como demonstrado no item anterior, as teorias contratualistas marginalizavam as pessoas com deficiência, uma vez que, ao imaginarem “os agentes contratantes que projetam a estrutura básica da sociedade como “livres, iguais e independentes”, e os cidadãos cujos interesses representam, como membros plenamente cooperantes da sociedade ao longo de uma vida completa” (NUSSBAUM, 2013, p. 120-121), negam-lhes a possibilidade de serem contratantes, e, conseqüentemente, definidores da estrutura configuradora da sociedade.

Isso significa, para Nussbaum (2013, p. 121), que numa abordagem contratualista “as pessoas com impedimentos mentais não estão entre aquelas para as quais e em reciprocidade com as quais as instituições básicas da sociedade são estruturadas”, de modo que, ainda que reconhecido o problema levantado pela inclusão de cidadãos com impedimentos incomuns,

as necessidades especiais dos cidadãos com impedimentos e deficiências associadas – necessidades de educação especial, de remodelamento do espaço público (rampas de acesso pra cadeiras de rodas, acesso para cadeiras de rodas nos ônibus, e assim por diante) – não parecem estar incluídos nesse estágio inicial, quando os princípios políticos básicos são escolhidos. [...] Todas as necessidades especiais das pessoas portadoras de deficiência deverão, desse modo, ser levadas em consideração apenas depois que a estrutura básica da sociedade tenha sido definida. (NUSSBAUM, 2013, p. 137).

Nussbaum (2013, p. 129) ressalta, também, que a teoria contratualista, que busca a vantagem mútua de seus contratantes, não inclui as pessoas com deficiência porque contribuiriam muito menos do que a maioria para o bem-estar do grupo, faltando-lhes “produtividade”, representando, por isso, um elevado custo social.

Todavia, como salientado pela referida autora “as pessoas com impedimentos e deficiências associadas não são improdutivas. Elas podem contribuir para a sociedade de diversas maneiras, desde que a sociedade crie as condições sob as quais possam fazer isso.” (NUSSBAUM, 2013, p. 130).

É em virtude desse fundamento tripartite e por não considerar a desigualdade de capacidades e a diversidade humana, que as teorias contratualistas não contemplam em seu arcabouço teórico e sequer demonstram maiores preocupações com os temas que envolvem as pessoas com deficiência de um modo geral ou com severas lesões físicas.

A teoria do enfoque das capacitações – *Capability Approach* – apresenta uma visão diferenciada daquela sugerida pelas teorias contratualistas, empregando um tratamento substantivo à deficiência, com uma nova concepção de ação (individual ou coletiva) justa, como uma das motivações para a cooperação, tendo em vista que o fim principal de uma sociedade é viver com os outros para os outros, com benevolência e justiça, enfatizando, para que se alcance a dignidade humana, as necessidades da pessoa (STRAPAZZON; RENCK, 2014, p. 171).

O enfoque das capacidades não vê os indivíduos como seres dotados de plena capacidade para realizarem-se a si mesmos, por entender que a noção de independência que o contratualismo defende é frágil e concebe os indivíduos como seres políticos cujos ideais convergem com os dos demais seres humanos.

A abordagem das capacidades, ao olhar para o que as pessoas são capazes de ser e de fazer, permite, portanto, que por meio da análise dos direitos econômicos e sociais, tenha-se uma razão para destinar desigual quantidade de tratamento aos que estão em situação de desvantagem, ou mesmo, para desenvolver programas ou iniciativas que lhes permitam atingir sua plena capacidade.

A partir dessa nova ótica, determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e

diferenciada, de modo que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção, como meio de se alcançar não apenas a igualdade perante a lei, mas a igualdade material.

A propósito, para o enfoque das capacidades, “a igualdade é importante para a própria base da teoria, pois não é somente a dignidade humana que deve ser respeitada, é a igualdade da dignidade humana.” (NUSSBAUM, 2013, p. 363).

Verifica-se, assim, que o enfoque das capacidades não é um quadro normativo limitado de avaliação. Na verdade, trata-se de um quadro geral para análise e avaliação do bem-estar individual e social, servindo como instrumento teórico e normativo de superação de desigualdades, para formulação de políticas e propostas de mudanças sociais na sociedade.

A *Abordagem das Capacidades* acredita que para se alcançar os direitos elencados na relação das “capacidades humanas centrais” e, com isso, atingir a igualdade material de tratamento às pessoas com deficiência, são necessárias ações afirmativas do Estado, tendo em vista que a melhor maneira de garantir direitos é estabelecendo condições para agir, colocando-os em posição de capacidade para tal, o que requer mais do que a abstenção da ação do Estado negativo (NUSSBAUM, 2013, p. 353-354).

A propósito, Reyes-Torres (2015, p. 254) salienta que

Existe um principio adicional del enfoque, que se refiere a que el mismo trata la injusticia y las desigualdades sociales, “y, em especial, ... aquellas fallas u omisiones que obedecen a la presencia de discriminación o marginación”, lo cual coloca a manos del Estado obligaciones urgentes com la finalidad de reducir la injusticia y la desigualdad. En este tenor, la obligación consistiría en la adopción de medidas para mejorar la calidad de vida, la cual se mide por las capacidades de las personas em situación de marginalidad o discapacidad, como ya veremos.

Nussbaum (2013, p. 98) ressalta que o importante é que a pessoa tenha oportunidades, possibilidades de escolher como alcançar o pleno bem-estar, isto é, aquilo que ela pode realmente ser ou fazer, conduzindo uma vida com dignidade, sendo que quando os membros de uma sociedade não têm oportunidades necessárias a alcançarem as oportunidades listadas, o Estado deverá estabelecer medidas para que isso seja retificado.

Somente a partir de ações governamentais os Estados adotarão *“medidas para evitar situaciones de desigualdad material y contrarrestar la discriminación, que em términos de capacidades, ayuda a combatir las barreras para el disfrute de oportunidades reales para el ejercicio de la autonomía de las personas con discapacidad.”* (REYES-TORRES, 2015, p. 269).

Desta forma, para assegurar a igualdade e evitar a discriminação, o que garantirá às pessoas com deficiência a possibilidade de gozar das capacidades básicas,

los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, legal, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad. (REYES-TORRES, p. 273).

A partir do afastamento das barreiras políticas e socioeconômicas, por meio de políticas públicas, promover-se-á mais do que uma igualdade de tratamento, uma igualdade de oportunidades às pessoas com deficiência, a fim de que possam realizar as habilidades ou potencialidades que são reduzidas em razão da relação das deficiências com estas barreiras.

A *Capability Approach*, desta forma, considera e avalia os arranjos sociais, a concepção de políticas públicas e de propostas de mudança social, como meio de proporcionar e promover o desenvolvimento e a justiça social.

As ações afirmativas, a partir dos conceitos trazidos no item 2 deste trabalho, constituem políticas públicas destinadas a atender grupos sociais que se encontram em condições de desvantagem ou vulnerabilidade social em decorrência de fatores históricos, culturais e econômicos, objetivando garantir igualdade de oportunidades individuais ao tornar crime a discriminação, e têm como principais beneficiários os membros de grupos que enfrentam preconceitos

Na lição de Silva (2004, p. 52), as ações afirmativas visam “garantir balizamento de oportunidades para aquelas pessoas que têm sua existência marcada por discriminações e opressões, como as assentadas na classe, gênero e etnia, por exemplo, entre outras”.

Já políticas públicas constituem os instrumentos disponibilizados à Administração Pública para efetivar, garantir e promover os direitos fundamentais a todos os cidadãos e, com isso, proporcionar a igualdade e o bem-estar social de todos.

Grau (2002, p. 26) esclarece que

[...] a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. E de tal forma, isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma política pública – o direito é também, ele próprio, uma política pública.

Para uma definição precisa sobre políticas públicas, utiliza-se o ensinamento de Massa-Arzabe (2006, p. 52), para quem, em alinhando-se a teoria do enfoque das capacidades,

Políticas públicas, sob o prisma da atividade, são conjuntos de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direitos e de objetivos sociais juridicamente relevantes, notadamente plasmados na distribuição e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer direitos, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha para fazerem uso desses recursos (não se confundem, portanto, com práticas e programas

desenvolvidas em espaço curto de tempo ou postos para satisfazer ânimos pré-eleitorais).

Verifica-se, assim, necessária, e algumas vezes imprescindíveis, uma intervenção do poder público de maneira ativa com a finalidade de implementar ações positivas em favor dessa classe culturalmente excluída e, conseqüentemente, dar efetividade aos direitos fundamentais que lhe são assegurados.

Conforme já analisado, houve uma superação do conceito formal de igualdade, em que todos são iguais perante a lei, para trazer a ideia de que essa igualdade é material, real e subjetiva, em que os iguais deverão ser tratados de forma igual e os desiguais serão tratados de forma desigual.

Por isso, hoje, o que se busca é a igualdade de condições ou de oportunidades para quem se encontra em condição de desigualdade natural, por motivos alheios à sua vontade, sendo que “a igualdade de oportunidades, ainda que possa se valer de parâmetros legislativos para desigualar as situações desiguais, exige sempre efetiva prestação de serviços públicos.” (SILVA, 2005, p. 202).

Tem-se, assim, as ações afirmativas como poderoso instrumento de inclusão social, constituindo medidas especiais que tem por objetivo remediar um passado discriminatório e, principalmente, acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva, realizando efetivamente os direitos fundamentais e, conseqüentemente, concretizando a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, o enfoque das capacidades nos permite identificar que existem circunstâncias, condições e capacidades que não são equiparáveis entre si, por resultarem de obstáculos físicos, mentais ou originados pelo meio-ambiente social em que estão inseridas as pessoas.

Somente poderá falar-se em uma sociedade justa, a partir da ótica de uma justiça social, se desde o princípio tomam-se em conta o

grau de capacidades e necessidades das pessoas, possibilitando a todos os cidadãos, inclusive as pessoas com deficiência, as (condições sociais) capacidades, até um nível mínimo apropriado para que possam viver dignamente.

É o que se verifica a partir da teoria do enfoque das capacidades, já que, com o propósito de se alcançar a igualdade de cidadania e, acima de tudo, a dignidade da vida humana, a abordagem das capacidades representa a fonte de princípios políticos capazes de garantir o mínimo social básico numa sociedade, fazendo com que as pessoas sejam plenamente capazes de fazer e ser.

As políticas públicas constituem instrumentos à disposição da Administração Pública para efetivar, garantir e promover os direitos fundamentais a todos os cidadãos, incluindo-se as pessoas com deficiência, como modo de facilitar o acesso dessas pessoas a todas as capacidades centrais, a um nível mínimo desejável para cada uma delas, colocando a pessoa em uma posição de escolher, ela própria, a funcionalidade em questão, possibilitando-lhes viver com a dignidade do ser humano.

A teoria do enfoque das capacidades possibilita, assim, que o poder público, a partir da lista das capacidades, institua políticas públicas em favor das pessoas com deficiência, com o propósito de lhes estender a base social de todas as capacidades, ainda que seus próprios impedimentos impeçam uma escolha pela funcionalidade em uma ou mais áreas (NUSSBAUM, 2013, p. 238).

Isto porque, como afirmado por Nussbaum (2013, p. 232), as pessoas com deficiência “também querem ser respeitadas como cidadãos iguais com opções diversas de escolha e funcionalidade na vida comparáveis às dos outros cidadãos”, já que são membros da comunidade humana e detentores da habilidade de conduzir uma vida boa.

Nussbaum (2013, p. 238) ressalta, contudo, que, ao se refletir sobre como a lista e seus níveis mínimos deve direcionar as políticas

públicas em favor das pessoas com deficiência, deve-se dar mais importância aos grandes itens da lista do que às suas subseções mais específicas, enfatizando, ainda, “que as capacidades centrais são muito importantes para todos os cidadãos, e justificam, portanto, os gastos que porventura tenham de ser feitos para essas pessoas com impedimentos especiais.” (NUSSBAUM, 2013, p. 234).

A *Capability Approach*, a partir da ideia da cooperação social, permite ao Estado incentivar a dignidade e o bem-estar de todo e qualquer cidadão, ainda que apresente um elevado custo, porquanto o que se exige é a assistência em uma base de igualdade, estendendo a todos os cidadãos, impreterivelmente, a base social da pluralidade das capacidades, uma vez que o bem-estar, a liberdade, a justiça e o desenvolvimento devem ser conceituados em termos das capacidades de cada pessoa para o alcance de suas funcionalidades.

A medida em que essas capacidades, tidas como pilares essenciais para o desenvolvimento humano, são otimizadas, seja por respeito ou por garantia efetiva, a dignidade das pessoas com deficiência é assim respeitada.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou demonstrar que, como alternativa às teorias contratualistas e utilitaristas, foi implementada a teoria do enfoque das capacidades, a qual procurou inserir em seu contexto grupos antes marginalizados e excluídos, como as pessoas com deficiência.

A partir desta nova teoria, que teve Martha Nussbaum como uma de suas maiores expoentes, buscou-se, com a elaboração de uma lista das “capacidades humanas centrais” a efetivação plena da dignidade a estas pessoas até então discriminadas.

A mudança de concepção do princípio da igualdade, em que o indivíduo passa a ser tratado especificamente, reluzindo as suas características singulares, com a finalidade de extirpar ou minimizar as desigualdades sociais, foi fundamental para a efetivação da *Capability Approach*.

Após uma breve incusão pela teoria desenvolvida por Martha Nussbaum, verificou-se que, ao contrário do pensamento contratualista, nesta nova concepção da abordagem das capacidades os seres vivos, humanos ou não humanos, são primariamente sujeitos de justiça, mesmo que não sejam capazes de participar de um procedimento por meio do qual os princípios políticos são escolhidos.

Logo, ficou demonstrado que o enfoque das capacidades considera o desenvolvimento humano, principalmente, a partir daquilo que permite às pessoas viver uma vida em respeito à sua liberdade e dignidade, partindo de um mínimo social básico, a partir do que as pessoas são capazes de ser e fazer.

Mostrou-se, ainda, que uma vida compatível com a dignidade da pessoa humana somente é alcançada quando efetivado um mínimo de cada uma das capacidades consideradas essenciais, por Martha Nussbauam, à uma vida digna.

Tendo em vista um novo conceito de deficiência, com a incorporação do aspecto social, verificou-se, a partir da teoria do enfoque das capacidades, a possibilidade de se destinar tratamento desigual aqueles que se encontram em situação de exclusão.

Isto porque, somente poderá falar-se em uma sociedade justa se tomam-se em conta o grau de capacidades e necessidades das pessoas, possibilitando a todos os cidadãos, inclusive as pessoas com deficiência, as capacidades, até um mínimo apropriado para que possam viver dignamente.

Com isso, como meio de garantir a igualdade material, cabe ao Estado implementar políticas públicas a favor da pessoa com deficiência, como forma de lhe garantir oportunidades, possibilidades de escolher como alcançar o pleno bem-estar, isto é, aquilo que ela realmente é capaz de ser ou fazer, possibilitando, com isso, que viva uma vida com dignidade

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A expansão multicultural dos direitos humanos fundamentais e a formação de uma consciência universal. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo (Org.). *A problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa – Desafios materiais e eficáciais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012. p. 15-71.

BATALHA, Gláucia Fernanda Oliveira Martins. Orientação sexual e discriminação no ambiente laboral. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, DF, v. 10, n. 2, p. 369-383, 2013.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do direito: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à Diferença. As ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 72, n. 3, p. 263-270, mar. 2008.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima. Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade: Cotas para negros em universidades públicas. *Revista Argumenta*, UENP, n. 15, p. 13-19, 2011.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas in Ações Afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Org.). *Políticas Públicas contra as Desigualdades Raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HARTLEY, Christie Linero. Disability and justice. *Philosophy Compass*, p. 120-132, Feb. 2011.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Meneses. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEITE, Flavia Piva Almeida. A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: amplitude conceitual. *Revista de Direito Brasileiro*, Florianópolis, v. 3, n. 2, p. 31-53, jul./dez. 2012.

MARTINS, Sergio da S. Ação afirmativa e desigualdade racial no Brasil. *Estudos Feministas*, IFCS/UFRJ-PPCIS/Uerj, v. 4, n. 1, p. 202-208, 1996.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENEZES, Paulo Lucena. *A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

PINHO, Leda de Oliveira. *Princípio da igualdade: investigação na perspectiva de gênero*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

PIOVESAN, Flavia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REYES-TORRES, Amaury A. La protección de las personas con discapacidad em la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el enfoque de las capacidades: la igualdad de trato a la igualdad de oportunidades. *30 Am. U. Int'l L. Rev.*, v. 249, p. 249-282, 2015. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amuilr30&div=16&start_page=249&collection=journals&set_as_cursor=1&men_tab=srchresults>. Acesso em: 17 ago. 2017.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa. O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, a. 33, n. 131, jul./set. 1996.

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. rev. e ampl. 2. tir. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Marcos Sander, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Reflexões sobre a pré-compreensão constitucional: a dignidade da pessoa humana como condição de possibilidade de sentido. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 50, p. 189-223, jul. 2005.

SILVA, Telma Gurgel da. *Feminismo e liberdade. Se sujeito total e tardio na América Latina*. 2004. Tese (Doutorado em Sociologia)–Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2004.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; RENCK, Maria Helena Pinheiro. Direitos humanos fundamentais das pessoas com desenvolvimento: The Capability Approach. *Revista Ajuris*, v. 41, n. 133, p. 155-183, mar. 2014.

VIDA, María Ángeles Martín. *Fundamento y Límites Constitucionales de las Medidas de Acción Positiva*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

CAPACIDADES DO SER HUMANO COM DEFICIÊNCIA: UMA VISÃO A PARTIR DE MARTHA C. NUSSBAUM

Michele Martins da Silva¹

I INTRODUÇÃO

Com a finalidade de responder se as pessoas com deficiência possuem, atualmente, capacidade para os atos da vida civil, a pesquisa utilizará os ensinamentos de Martha Nussbaum, que é uma forte defensora do autodesenvolvimento das potencialidades/capacidades das pessoas com deficiência para que estas possam se desenvolver no máximo possível e com isso ter promovida sua dignidade humana.

Martha propõe uma lista de capacidades que oportunizadas em seu maior grau possível visa promover o desenvolvimento humano, em especial, o autodesenvolvimento das pessoas com deficiência. A proposta de Martha traduz anseios e a luta por direitos das pessoas com deficiência, como também o fazem a convenção (Decreto 6949), a Lei 13146 e o Código Civil alterado pela Lei mencionada, vigentes em nosso ordenamento jurídico; demonstrando pensamentos, ideias, preocupações e soluções propostas em comum.

¹ Especialista em Processo Civil pela Universidade do Vale do Itajaí; mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

Para tanto, serão, igualmente, analisados os institutos da capacidade civil, legislação anterior e atual, o conceito de pessoa com deficiência, o entendimento atual acerca da autonomia, compilando ao final os temas tratados na presente pesquisa, sem, contudo esgotá-los, para o entendimento das transformações na capacidade civil das pessoas com deficiência.

2 CAPACIDADE CIVIL

Para nosso ordenamento jurídico, a pessoa natural (ser humano) é um sujeito de direitos e obrigações que com o nascimento com vida adquire personalidade jurídica, que é “a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações” no seio da sociedade onde vive; onde passa a existir socialmente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 43).

Portanto, adquirida a personalidade jurídica, por meio do nascimento com vida, a pessoa natural passa a ser capaz de direitos e obrigações. A capacidade civil se divide em capacidade de direito e capacidade de fato. A capacidade de direito é atributo inerente a pessoa natural; contudo a capacidade de fato (de exercício), que é a aptidão para exercer diretamente seus direitos, nem toda pessoa natural terá; algumas pessoa poderão possuir incapacidade absoluta e ou relativa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

A pessoa natural que não tenha aptidão real e jurídica para demonstrar sua vontade possuirá incapacidade absoluta.

As pessoas consideradas pela lei absolutamente incapazes serão representadas por outrem, que agirá em nome delas; a representação poderá ser por força de lei ou por outorga do interessado. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado (artigos 115 e 116 do CC).

As pessoas consideradas relativamente incapazes poderão praticar alguns atos da vida civil, como serem testemunhas, fazerem testamento, e outros não.

As pessoas consideradas relativamente incapazes não precisarão de assistência para certos atos, como votar.

Como mencionado, para suprir a incapacidade absoluta será necessário a representação legal; já para suprir a incapacidade relativa será necessário a assistência de uma terceira pessoa, que pratica o ato em conjunto com o assistido (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

3 CAPACIDADE CIVIL – LEGISLAÇÃO ANTERIOR

Então, a pessoa a quem falta capacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil, todos ou parte deles, é considerada incapaz, absoluta ou relativamente.

O Código Civil que enumera as pessoas consideradas absoluta ou relativamente incapazes.

O Código Civil de 2002 reputava absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, os menores de dezesseis anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos, os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (Art. 3 do CC de 2002).

E reputava relativamente incapazes de exercer certos atos, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, os ébrios habituais e os viciados em tóxico, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, os pródigos (Art. 4 do CC de 2002).

Porém, em 2009 foi ratificada pelo Brasil a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi aprovada conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Antes da ratificação e incorporação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu protocolo facultativo (BRASIL, 2009), em 2009, pelo Brasil, a deficiência era relacionada a patologia individual, que considerava como principal causa das dificuldades enfrentadas por pessoas com deficiência as suas próprias limitações; então, a partir da Convenção adotou-se a concepção de que as principais dificuldades advêm do meio externo, das barreiras sociais que impedem sua efetiva participação na sociedade, em igualdade de condições.²

Interessante mencionar que no preâmbulo da referida Convenção consta, dentre outros fundamentos:

Reafirmando a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a necessidade de garantir que todas as pessoas com deficiência os exerçam plenamente, sem discriminação, *Reconhecendo* que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, *Reconhecendo* também que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano, *Reconhecendo* a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas.

Observa-se que foi reconhecida, dentre outros, a importância das liberdades fundamentais, da igualdade, da autonomia e independência individuais de cada ser humano, em especial da pessoa com deficiência (tratada no presente estudo).

² Relatora Deputada Mara Gabrielli.

Como também foi dada ênfase, no artigo 23 do Decreto 6949/2009, ao direito das pessoas com deficiência de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes; de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre esses filhos e de ter acesso a informações adequadas à idade e a educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos (BRASIL, 2009).

Salienta-se, também, que esta Convenção, dentre outros, previu que os Estados Partes tomariam

todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens. (art. 12) (BRASIL, 2009).

Igualmente, a Convenção, ratificada pelo Decreto 6949/2009, previu em seu Art. 29, que os Estados Partes garantiriam “às pessoas com deficiência direitos políticos e oportunidade de exercê-los em condições de igualdade com as demais pessoas.”

Assim, a partir desta ratificação e entrada em vigor desta Convenção, a deficiência passou a ser considerada como uma questão social a ser solucionada a fim de permitir a inclusão destas pessoas no meio social.

Pois os impedimentos de pessoas com alguma deficiência não definem quem elas são; estas pessoas têm identidade própria, cada uma delas; e por isso devem ser respeitadas e ter seus direitos protegidos, principalmente o de fazer parte ativamente da sociedade, dentro de suas possibilidades.

Não obstante, até 2015, os direitos contidos nesta Convenção, embora ratificados pelo Brasil, não haviam sido efetivados, pois as pessoas com deficiência ainda eram consideradas incapazes de acordo

com o ordenamento jurídico interno, de acordo com o Código Civil de 2002, fato que gerava grandes repercussões.

Como, por exemplo, expressa o art. 15 da Constituição Federal, que aduz que os direitos políticos podem ser perdidos ou suspensos quando a pessoa for absolutamente incapaz (eis que algumas pessoas com deficiência são consideradas presumidamente incapazes pelo CC de 2002); e se os direitos políticos estão suspensos ou perdidos, esta pessoa não preencherá o requisito estabelecido no art. 14, §3º da CF e, portanto, não será elegível. E neste caso, não poderiam exercer os atos da vida civil, como o sufrágio universal, não efetivando os ditames trazidos pelo Decreto 6949/2009, como aduz o art. 29 do referido decreto quando protege o direito de: “candidatar-se nas eleições, efetivamente ocupar cargos eletivos e desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo, usando novas tecnologias assistidas, quando apropriado”.

De forma que ainda havia e há uma grande luta pela frente a fim de efetivar os direitos das pessoas com deficiência.

4 PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Importante observar, como previsto na Convenção (Decreto 6949), as pessoas com deficiência precisam de sua autonomia, e que

o que define a pessoa com deficiência não é falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa com deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade, o grau de dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade, de estar incluído socialmente. O grau de dificuldade para a inclusão social é que definirá quem é ou não pessoa com deficiência. (ARAÚJO, 2011, p. 20).

A deficiência de uma pessoa deve ser analisada no meio em que vive, nas condições do meio social que habita, e não como uma pessoa presumidamente incapaz.

Neste sentido, Araújo (2011, p. 20) aduz que:

Se a pessoa com deficiência mental leve convive em meio social simples, que exige dele comportamentos rotineiros, sem qualquer complexidade, que o faça integrado na sociedade, não se pode afirmar que, para aquela situação, estaríamos diante de pessoa com deficiência. A deficiência de certos indivíduos, muitas vezes, passa até despercebida, diante do grau mínimo de conflito e decisões a que eles devem ser submetidos, tratando-se de meio social de pouca complexidade.

Desse modo, destaca-se o conceito de deficiência atribuído pela Convenção (Decreto 6949/2009) em seu art. 1º:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Assim, o grau de deficiência de uma pessoa só poderá ser verificado individualmente, no caso concreto, não se tratando de uma relação fechada e imutável entre deficiência e incapacidade.

A pessoa com deficiência tem o direito e deve ter oportunidades para se integrar socialmente, tem o direito de ter um tratamento igual a todos os cidadãos.

A própria Constituição Federal tem como um de seus objetivos fundamentais promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da CF).

Neste contexto, a proteção das pessoas com deficiência traduz-se na proteção da cidadania e da dignidade da pessoa humana, eliminando as desigualdades sociais (ARAÚJO, 2011).

Importante mencionar, nas palavras de Araújo (2011, p. 70):

A Constituição Federal de 1988 não trouxe a proteção como no diploma anterior, separada, ao final, mas sim de forma dispersa, através de vários dispositivos alocados em capítulos distintos. Além do genérico princípio da igualdade, que vem assegurado na cabeça do artigo 5º, o inciso XXXI do artigo 7º traça regra isonômica específica em relação às pessoas com deficiência.

A Constituição Federal igualmente prevê, em seu art. 225, que

a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho; em seu art. 208, inciso III, o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino, cuja habilitação e reabilitação deve ser de forma integrada à vida comunitária, de acordo com o inciso IV do art. 203 da CF; em seu art. 227, §1º, inciso II, o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

Ressalta-se, por oportuno, que esta integração social, inclusão, é uma forma de participação social e democrática (ARAÚJO, 2011), muito importante para o desenvolvimento da pessoa com deficiência.

A igualdade de proteção a todos os cidadãos, à todas as pessoas de uma sociedade deve existir, sem restrições ou distinções, apresentem elas ou não mais ou menos dificuldades ou necessidades diferenciadas (NUSSBAUM, 2013). Neste contexto as capacidades, que devem ser

oportunizadas, de acordo com a proposta de Nussbaum, corroboram; para que todas as pessoas tenham as oportunidades, na medida de sua necessidade.

Neste contexto é possível afirmar, de acordo com Nussbaum (2013, p. 45) que

a teoria política começa a partir de uma ideia abstrata de direitos básicos, fundados nas ideias combinadas de dignidade (o ser humano como fim) e sociabilidade. É, então, dito que alguns direitos específicos resultam dessas ideias, como condições necessárias para uma vida com dignidade humana.

Sendo a sociabilidade uma das razões pelas quais o ser humano luta pela justiça, por isso a importância da convivência em sociedade.

O enfoque das capacidades, proposto por Nussbaum (2013), dentre outros, visa tratar de um mínimo de garantias humanas (para cada capacidade proposta) que devem ser respeitadas e implementadas pelo governo com o objetivo de promover a dignidade da pessoa humana, individualmente e coletivamente (na sociedade), no mesmo sentido proposto pela CF e legislações pertinentes, anteriormente mencionadas.

5 AUTONOMIA

O princípio mais abrangente, fundamento de nosso ordenamento jurídico, é o princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Sarlet (2013, p. 37):

Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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.

A dignidade da pessoa humana se encontra relacionada à condição humana de cada indivíduo e à convivência em sociedade (SARLET, 2013, p. 24).

Entende Franck Moderne que a concepção de dignidade “parte do pressuposto da necessidade de promoção das condições de uma contribuição ativa para o reconhecimento e proteção do conjunto de direitos e liberdades indispensáveis ao nosso tempo”, de forma coletiva e individual (SARLET, 2013).

A capacidade de autodeterminar a conduta é trazida pela liberdade, protegida constitucionalmente.

A função da autodeterminação da pessoa é a do desenvolvimento da personalidade; que pode ser concretizada através da autonomia (MEIRELES, 2009). Neste contexto pode-se afirmar que a liberdade é imprescindível para a materialização dos direitos da personalidade humana, através da autonomia (BORGES, 2007).

Liberdade, nas palavras de Benjamin, é o direito de não se submeter senão as leis, o direito de dizer sua opinião, de escolher seu trabalho e exercê-lo, de dispor de sua propriedade, de ir e vir, o direito de reunir-se, o direito de influir sobre a administração do governo; para os antigos, a liberdade sobre a administração do governo era ampla, exerciam direitos políticos diretamente, porém, não tinham liberdade de costumes, que eram inteiramente regulados pelas leis; não eram reconhecidos os direitos individuais, fato que ocorria em Roma, por exemplo (CONSTANT, 1985).

“Assim, entre os antigos, o indivíduo, quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos seus assuntos privados.” (CONSTANT, 1985, p. 1). Porém, a realidade era outra, a extensão das repúblicas era pequena e viviam em função de guerras, preocupados com

sua defesa e com novas conquistas territoriais. No mundo moderno, na atualidade, as preocupações políticas são outras, como o comércio (CONSTANT, 1985).

Salienta-se, contudo que a cidade de Atenas, onde o comércio era mais desenvolvido que Roma, concedia a seus cidadãos mais liberdades individuais, incluindo participação política, uma participação ativa e constante do poder coletivo (CONSTANT, 1985).

Com o comércio, às religiões e os progressos intelectuais e morais do ser humano, homens livres passaram a atender as necessidades da sociedade com exercício de seu trabalho; seus efeitos emanciparam o homem e aproximaram as nações (CONSTANT, 1985).

Os progressos da civilização, as transformações operadas através dos séculos exigem às autoridades novos deveres para com seus cidadãos (CONSTANT, 1985). De forma que " a liberdade individual, repito, é a verdadeira liberdade moderna. A liberdade política é a sua garantia e é, portanto, indispensável." (CONSTANT, 1985, p. 5). Assim, Benjamin, entendia a liberdade moderna como uma autonomia individual.

Interessante salientar as ideias de Hegel sobre o assunto, segundo Garbe (2013):

Hegel tinha como um de seus objetivos não propor um modelo pronto ou um pensamento único, mas sim, um sistema que buscava fazer com que o indivíduo tivesse sua própria autonomia e liberdade, autonomia seja ela de pensar seja ela de agir conforme sua consciência e assim, ter sua liberdade efetiva.

Assim, "para Hegel, a percepção do indivíduo de sua situação e a busca por uma evolução é a primeira e principal parte do processo de desenvolvimento de si." (GARBE, 2013).

De forma que a autonomia é entendida como uma capacidade potencial que o homem tem de autodeterminar a sua conduta (SARLET,

2013, p. 23). A autonomia do ser humano advém da sua vontade, livre e consciente, com a finalidade de autogovernar-se.

Essa vontade pressupõe reflexão e razões individuais que possibilitam o homem encontra-se existencialmente (BORGES, 2007).
Todavia, apenas a vontade não é capaz de criar direito, ou gerar consequências jurídicas, necessária uma manifestação concludente disciplinada pelo ordenamento jurídico, ou não contrária a este, obedecendo os pressupostos de validade (BORGES, 2007); esta autonomia é a autonomia privada.

Neste contexto, a autonomia privada é considerada um meio de realização da dignidade da pessoa humana por ser uma manifestação da liberdade (MEIRELES, 2009); a “autonomia privada significa auto-regulação de interesses, patrimoniais e não patrimoniais” (MEIRELES, 2009, p. 74), que são regulados pelo ordenamento jurídico, tendo, então, juridicidade.

De forma que tanto as pessoas sem deficiência como as que possuem algum tipo de deficiência (se comparadas com as demais) possuem exatamente a mesma dignidade e igual direito à autonomia.

Portanto, quando se inviabiliza o desenvolvimento das capacidades, a dignidade da pessoa é atingida. Capacidades que, de acordo com Martha Nussbaum, são as potencialidades de cada ser humano para se desenvolver individual e socialmente, capacidades estas que lhe promoverão a dignidade humana.

6 ENFOQUE DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM

Nussbaum (2013) entende que uma vida com as capacidades que serão descritas (por meio de uma lista), quando desenvolvidas, é uma vida apropriada à dignidade da pessoa humana.

A lista de capacidades proposta por Nussbaum (2013) é geral, abstrata, aberta e sujeita as transformações da sociedade, história e cultura.

As capacidades podem ser entendidas como “maneiras efetivas de se ter uma vida com dignidade humana nas diferentes áreas das atividades humanas vitais.” (NUSSBAUM, 2013, p. 199). A vida digna é aquela constituída pela realização de parte ou de todas as capacidades da lista proposta por Nussbaum (2013, p. 199).

As capacidades humanas, de acordo com Nussbaum (2013, p. 199), são:

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; 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 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 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 de 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 demais trabalhadores.

Assim, a ideia das capacidades está ligada a ideia de que “às pessoas devem ser dadas amplas oportunidades de conduzir um modo de vida saudável, mas a elas também deve caber a escolha; não devem ser penalizadas por escolhas prejudiciais a sua saúde.” (NUSSBAUM, 2013, p. 96).

As oportunidades para a realização das capacidades são direitos fundamentais dos cidadãos; algumas são individuais e outras são sociais. O remodelamento do espaço público, por exemplo, é social, pois possibilita a liberdade de locomoção/movimentação essencial a dignidade e autorrespeito do ser humano. Importante acrescentar que se faz necessário se ter um equilíbrio entre a realização dos direitos individuais e dos sociais.

Assim, “o enfoque das capacidades parte de uma concepção política do ser humano, e da noção de uma vida de acordo com a dignidade do ser humano.” (NUSSBAUM, 2013, p. 221).

Sua concepção política de pessoa sustenta que os seres humanos são vulneráveis, temporários, capazes ou necessitados. Essa concepção inclui nas bases da cooperação social o amor, o respeito pela humanidade, a paixão pela justiça e a busca por vantagens (NUSSBAUM, 2013).

Importante acrescentar que “na delimitação da concepção política de pessoa, a partir da qual derivamos os princípios políticos básicos, introduzimos um reconhecimento de que somos seres animais necessitados e temporários, que começamos como bebês e terminamos, muitas vezes, em outras formas de dependência. Chamamos a atenção para essas áreas de vulnerabilidade, insistindo que racionalidade e sociabilidade são elas próprias temporais, possuem crescimento, maturidade e (se o tempo permite) declínio.” (NUSSBAUM, 2013, p. 197). Existe uma variabilidade natural de necessidades entre os seres humanos e portanto uma variabilidade individual de oportunidade para a realização das capacidades para uma vida com dignidade e autorrespeito.

Importante ressaltar que “nossas individualidades, nossas identidades, estão intrinsecamente implicadas em nossos corpos e no que fazemos deles – pois nossos corpos são o nosso modo de ser no mundo.” (COHEN, 2012).

Necessário igualmente a garantia de todos os direitos fundamentais, respeitando o princípio da igualdade, a todas as pessoas: as pessoas consideradas ‘normais’ e as pessoas consideradas ‘deficientes’, como direito a propriedade, ao voto, ao emprego, a autonomia.

Para Nussbaum (2013, p. 223), “a tarefa de uma sociedade digna é dar a todos os cidadãos as (condições sociais das) capacidades, até um nível mínimo apropriado”; dar possibilidades de realização das capacidades.

A lista proposta por Nussbaum (2013) reflete um grupo de direitos constitucionais fundamentais às pessoas humanas, inerentes a ideia de dignidade humana. Não obstante, importante salientar que constitui igual direito às pessoas a escolha de não utilizar as capacidades oportunizadas, disponibilizadas, na medida que as pessoas possuem diferentes necessidades, individuais e sociais, para terem uma vida digna.

As pessoas devem ter oportunidade de escolha, e não forçadas a depender de outras pessoas; deve ser garantido, principalmente pelo poder público, a funcionalidade na vida, de acordo com a funcionalidade dos outros cidadãos (NUSSBAUM, 2013).

As pessoas devem ter oportunidade de, sempre que possível, fazerem as coisas sozinhas, sem auxílio de outras pessoas, têm o direito de autonomia; “todos têm impedimentos que a educação deve tratar, de um modo individualizado quando for possível; e todos, dado o cuidado adequado, podem tornar-se capazes de realizar as funções centrais da lista” proposta por Nussbaum (2013, p. 234).

De forma que é importante que, inicialmente, as capacidades sejam oportunizadas diretamente à pessoa que as necessita, considerando sua individualidade, caso não seja possível em razão das possibilidades da pessoa, a ela deve ser oportunizada a tutela adequada (NUSSBAUM, 2013).

Isto se faz necessário por que a vida em o máximo de independência ou a oportunidade de escolha do máximo de dependência em autonomia e dignidade auxilia na realização individual e social plena do potencial da pessoa humana.

A pessoa deve poder participar o tanto quanto possível das decisões e escolhas de sua própria vida. As políticas públicas oportunizando o desenvolvimento das capacidades das pessoas contribuem para este objetivo.

Assim, a chave para do enfoque das capacidades está na liberdade e oportunidade. A ideia é que a pessoa desenvolva suas capacidades da maneira mais ampla possível e com dignidade, com ou sem a ajuda de um assistente.

Os indivíduos precisam estar livres para se autodesenvolverem e autorrealizarem pessoalmente a fim de construir sua identidade pessoal, imprescindível à sua dignidade humana. Para que estejam livres, necessário terem oportunidades de desenvolvimento, oportunidades de participação, oportunidades para desenvolverem, antes, suas capacidades, de acordo com alista proposta por Martha, até por que, importante salientar que a identidade pessoal do ser humano está interligada com o seu reconhecimento em sociedade.

Assim, o indivíduo terá a chance de se desenvolver, revisar e buscar sua própria identidade pessoal e social.

7 CÓDIGO CIVIL DE 2002 COM AS ALTERAÇÕES DA LEI 13146/2015

Considerando todo o exposto, e a contínua não efetividade das normas de proteção e promoção das pessoas com deficiência existentes e ou promoção das capacidades propostas por Martha, como também, da necessidade de igualdade de condições e oportunidades no exercício dos direitos às pessoas com deficiência, necessidade de educação inclusiva, sem custo superior, maior acesso à políticas públicas existentes, criação de políticas públicas inclusivas, necessidade de tratamento dos desiguais de forma desigual na medida de sua desigualdade, que foi sancionada a Lei 13146/2015.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da pessoa com deficiência) foi sancionada em 2015.

Antes de descrever algumas alterações trazidas pela Lei 13146/2015, importante mencionar trechos do parecer do projeto desta Lei escrito pela Relatora Deputada Mara Gabrilli.

No parecer da Relatora Deputada Mara Gabrilli, referente ao Projeto de Lei de nº. 7699/2006, para instituir o Estatuto do Portador de Deficiência, esta aduz que ao longo da história os deficientes foram, em diversas épocas, excluídos da sociedade, ora como incapazes, ora como pessoas doentes. Mas hoje a concepção de deficientes é como pessoas de direitos, incluindo a liberdade para exercê-los e defendê-los.³

A Relatora acrescenta:

No Brasil, a história da pessoa com deficiência alinha-se à dimensão universal e, no fim dos anos setenta, as organizações representativas do segmento não mais aceitam o tratamento preconceituoso e discriminatório que a sociedade impingia à pessoas com deficiência, e passam a buscar a igualdade de direitos e de oportunidades em relação às demais pessoas. A partir de uma atuação política mais contundente, o texto da Constituição Federal de 1988 reconhece formalmente os direitos de cidadania da pessoa com deficiência, com a previsão de adoção de diversas medidas com vistas a sua plena inclusão social.

Não obstante, esta lei foi destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania (Art. 1º da Lei 13146); tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

³ Relatora do Projeto de Lei 7699/2006 - Deputada Mara Gabrilli

De acordo com o art. 2º da Lei 13146, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Em regra, a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; a limitação no desempenho de atividades; e a restrição de participação

Em relação ao reconhecimento perante a lei, de acordo com a Lei 13146, a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas; apenas quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela.

Desse modo, a Lei 13146 de 2015 (Estatuto da pessoa com deficiência) prevê, para alguns casos, a adoção de institutos assistenciais como a tomada de decisão apoiada, a curatela para a prática de atos da vida civil (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível (art. 84 da Lei 13.146).

A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto (art. 85 da Lei 13.146). Assim, a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial; constituindo assim, medida extraordinária,

devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

As pessoas que estiverem sob curatela por causa transitória ou permanente, por não poderem exprimir sua vontade, receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste desse convívio (art. 1777 do CC).

É igualmente facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada (art. 84 da Lei 13.146). A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio. Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar (art. 1783-A do CC).

Salienta-se que a decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

Este procedimento não implica em restrições da capacidade civil do apoiado, pois trata-se de uma cooperação prestada pelo apoiador visando a proteção da pessoa apoiada.

Diante o exposto, ressalta-se a mais importante alteração que a referida Lei trouxe, que foi a de que os deficientes não são mais

considerados, presumidamente, civilmente incapazes, de acordo com os artigos 6º e 84 da Lei 13.146 de 2015, que expressam:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Ademais, por meio desta Lei foram alterados alguns dispositivos do Código Civil (10406/2002) sobre a capacidade das pessoas naturais, da seguinte forma:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Assim, um dos mais importantes artigos do CC que foram alterados é o art. 3º do CC, que dispõe que só serão considerados absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. E incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; os pródigos.

De acordo com o art. 4º do CC, os deficientes também não deverão ser, genérica e presumidamente, tratados como relativamente incapazes. Salientando que os relativamente incapazes são assim considerados por não gozarem de total capacidade de autodeterminação e entendimento (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

De forma que os deficientes não são mais considerados, presumidamente, absolutamente e nem relativamente incapazes. Para que a pessoa com alguma deficiência não possa exercer algum ato da vida civil, deverá ser analisado o caso concreto e analisada a deficiência em si para o respectivo ato.

Portanto, pessoa com deficiência, hoje, em nosso ordenamento jurídico, é considerada presumidamente capaz, fato este que traz enormes repercussões em todo o sistema jurídico e promove a autonomia e a dignidade da pessoa humana sobre vários enfoques.

Como uma das repercussões dessa alteração pode-se citar a de que a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador (art. 1550, §2 do CC).

Igualmente, os direitos políticos, que são direitos públicos subjetivos dos cidadãos de participarem da política do Estado, e são

adquiridos mediante alistamento eleitoral (NOVELINO, 2013), foram atingidos pela alteração legislativa.

Um dos direitos políticos do cidadão (art. 14 da CF), de acordo com o nosso regime democrático, é o sufrágio universal, que é o direito de eleger e de ser eleito. O voto é o instrumento desse direito. O voto, em nosso sistema, será direto, secreto, universal e periódico.

O sufrágio universal, adotado pela nossa Constituição Federal de 1988, é caracterizado pela possibilidade de o cidadão exercer este direito independente de qualquer discriminação de sexo, raça ou capacidade intelectual; não afastando a universalidade os requisitos exigidos, como o alistamento, a nacionalidade, a idade mínima (NOVELINO, 2013). De forma que o alistamento eleitoral é uma das condições de elegibilidade e se faz mediante qualificação e inscrição do eleitor.

Assim, de acordo com o art. 14 da Constituição Federal, o alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de dezoito anos; e facultativos para os analfabetos, os maiores de setenta anos, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Salienta-se que são inalistáveis, e, portanto, não poderão votar, os estrangeiros, os conscritos (apenas durante o período do serviço militar obrigatório), e os menores de dezesseis anos de idade (NOVELINO, 2013). Os inalistáveis também são inelegíveis, ou seja, não poderão ser eleitos.

Não poderão ser eleitos quem não preencher as seguintes condições de elegibilidade: ter a nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição, a filiação partidária, a idade mínima de: trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador, trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz, dezoito anos para Vereador, e não ser analfabeto.

Quem não tem seus direitos políticos suspensos, nos termos do art. 15 da CF, terá, em regra, pleno exercício de seus direitos políticos (NOVELINO, 2013). O art. 15 da CF expressa que a perda só se dará nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, e a suspensão dos direitos políticos só se dará nos casos de incapacidade civil absoluta (menores de dezesseis anos de idade), condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII, improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º. Importante salientar que nos casos de suspensão, cessada a causa que gerou a suspensão, desaparece a suspensão dos direitos políticos.

Ainda, o militar (membro das forças armadas, das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares) alistável será elegível quando atendidas as seguintes condições: se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade, se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade (art. 14, §8 da CF).

De forma que não sendo mais presumidamente incapaz, as pessoas com deficiência poderão votar e ser eleita se preencher as demais condições, pois terá pleno exercício de seus direitos políticos.

Diante o exposto, convém salientar que a capacidade civil no ordenamento jurídico atual traduz e implementa (desenvolve) parte da teoria de Martha, no que tange as pessoas com deficiência e a proteção de alguns de seus direitos – propostos por meio do enfoque das capacidades.

E que as capacidades defendidas por Martha foram em parte implementadas em nosso ordenamento jurídico por meio da Convenção (Decreto 6949/2009) e da Lei 13146/2015 que alteraram a legislação infraconstitucional que tratava sobre as capacidades civis, absoluta e relativa, repercutindo em vários direitos da pessoa humana.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa tratou acerca das capacidades civis, absoluta e relativa, atualmente. Antes da vigência da Lei 13146/2015 as pessoas com deficiência eram consideradas absoluta ou relativamente incapazes, de forma genérica e presumida. Esta incapacidade presumida gerava diversos reflexos/repercussões nos direitos das pessoas com deficiência.

Considerando que a legislação infraconstitucional deve ser interpretada a luz da CF, respeitando seus preceitos, denota-se que a alteração infraconstitucional presente na Lei 13146/2015 trouxe efetividade a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoa com Deficiência, que foi promulgada pelo Decreto 6949/2009, com observância do art. 5º, §3 da CF (equivalente, portanto a emenda constitucional). Neste sentido, não esgotando o tema, citados foram alguns destes reflexos, como a participação política e o planejamento familiar.

Em relação ao direito a participação política, tratado através do sufrágio universal, tanto no Decreto 6949, em seu art. 29, quanto na Lei 13146, em seu art. 76, a participação política foi assegurada em igualdade de condições com as demais pessoas por meio do voto, garantindo este e o direito de ser votado.

A Constituição Federal, em seu art. 14, como mencionado na pesquisa, autorizava a pessoa com pleno exercício dos direitos políticos, dentre outros requisitos não pertinentes no momento, a ser eleito. Pois bem, o art. 15 da CF disciplinava que a incapacidade civil absoluta era causa de suspensão e ou perda dos direitos políticos, retirando o direito da pessoa com deficiência, que Ra considerada incapaz presumidamente, de ser elegível. Com a alteração relacionada ao Código Civil e a leitura sistemática das demais alterações já mencionadas, a pessoa com deficiência, que atualmente é considerada presumidamente capaz, passou

a ser elegível, e seu direito a participação política protegido, garantido, podendo votar e ser votado.

Igualmente, antes da alteração legislativa o casamento e por consequência a união estável da pessoa com deficiência eram considerados presumida e genericamente nulos por força do artigo 1548 do CC e ou anuláveis de acordo com o art. 1550 do CC. Atualmente, após a vigência da Lei 13146/2015, a pessoa com deficiência pode contrair casamento ou união estável com base no §2º do art. 1550 do CC, no art. 23 do Decreto 6949 (equivalente a emenda constitucional) e no art. 6 da Lei 13146/2015. Neste contexto, a pessoa com deficiência terá direito igualmente ao planejamento familiar com autonomia, com base no art. 226, §7º da CF, art. 23, b do Decreto 6949, art. 1565, §2º do CC e art. 6, III da Lei 13146.

Fazendo com que as pessoas com deficiência tenham mais autonomia e igualdade na promoção de seus direitos individuais e sociais; tendo auxílio de uma terceira pessoa quando, no caso concreto, houver esta necessidade, que deverá ser na medida de sua necessidade. Para tanto, foram criados e aproveitados alguns institutos já existentes como a curatela, cujas normas foram alteradas de acordo com a Convenção e a Lei 13146, e a decisão apoiada, um instituto para auxiliar a pessoa com deficiência a tomar algumas decisões e realizar certos atos, o mais independente possível, visando proteger sua autonomia e promover sua dignidade humana.

Assim, conclui-se que as pessoas com deficiência, a partir da vigência da Lei 13146/2015, passaram a ser presumidamente capazes civilmente.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos Amaral. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica - perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 7-26, out./dez. 1998.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 4. ed. Brasília, DF: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2011.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 01 out. 2017.

COHEN, Jean L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, DF, n. 7, jan./abr. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522012000100009>. Acesso em: 08 out. 2017.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Revista Filosofia Política*, n. 2, 1985.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARBE, Douglas de Souza. *A filosofia de Hegel como forma de desenvolvimento do indivíduo e do Estado*. Rio de Janeiro: Câmara Brasileira de Jovens Escritores, 2013.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: WM: Martins Fontes, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ZINGARELLI, Nicola. *Lo Zingarelli minore: vocabolario della lingua italiana*. Trento: Zanichelli, 2001.

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI 13.146/2015) SOB A ÓTICA DAS CAPACIDADES E DA TUTELA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS TRATADAS POR MARTHA NUSSBAUM

Rosana de Cássia Ferreira¹

I INTRODUÇÃO

O presente trabalho intenta demonstrar a relevância das políticas públicas para a inclusão dos portadores de deficiência no meio social. Nesse sentido, o igual direito a todos os indivíduos com deficiência de viverem em comunidade sob as mesmas condições deve ser reconhecido pelo Estado. Vale dizer que estas condições devem ser oferecidas de modo que assegurem a mesma liberdade de escolha, tomando as corretas iniciativas para gerar recursos de efetivação destes direitos.

Por certo, faz-se necessário cada Estado fomentar os meios apropriados de garantir estes direitos por meio de uma legislação abrangente, efetiva e eficaz. No Brasil, até 2015, data da criação do estatuto da pessoa com deficiência, poucas eram as normas designadas, de forma sistematizada, a fim de assegurar os direitos dos deficientes. Também poucas eram as políticas públicas concretas nesse sentido.

Evidenciam-se alguns artigos, na Carta Maior, que mencionam de forma esparsa o tema deficiência:

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

1. -artigo 7º, XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
2. -artigo 23 II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
3. -artigo 24 XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;
4. -artigo 37 VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;
5. -artigo 40 § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I aos portadores de deficiência;
6. -artigo 100, 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, tenham 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório;
7. -artigo 201 § 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e

- quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar;
8. -artigo 203 IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei;
 9. -artigo 208 III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
 10. -artigo 227 II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação e § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência;
 11. -artigo 244 - A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º. (BRASIL, 1988).

Alguns poucos direitos também foram assegurados aos deficientes pela lei 8.213 de 1991, a qual dispõe acerca dos benefícios da previdência social. Destaca-se dentre eles o sistema de cotas nas empresas:

Art. 93 - a empresa com 100 ou mais funcionários está obrigada a preencher de dois a cinco por cento dos seus cargos com beneficiários reabilitados, ou pessoas portadoras de deficiência, na seguinte proporção:

- até 200 funcionários..... 2%
- de 201 a 500 funcionários..... 3%
- de 501 a 1000 funcionários..... 4%
- de 1001 em diante funcionários... 5%

Com efeito, embora tenha sido apenas um aspecto tratado isoladamente, a inclusão social dos portadores de deficiência por meio da inserção ao mercado de trabalho é tema de grande relevância. Por meio do trabalho a pessoa consegue obter grande parte do essencial à sobrevivência, e mais, a sobrevivência com dignidade. Mas não é fácil a inserção do deficiente, de forma espontânea, pelo empregador que por vezes vê a deficiência como um aspecto limitador dos lucros, daí a importância de se impor um sistema de cotas, conforme descrito acima.

Importa notar que, após anos de atraso e de tratamento desigual, o INSS igualmente anunciou regras mais flexíveis para o alcance da aposentadoria. Diz-se com atraso e desigualmente porque a vida e o acesso ao mercado de trabalho em todos os tempos foram e continuam difíceis para portadores de algum tipo de deficiência.

A Lei Complementar 142/2013, concebida para regulamentar o § 1º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, autoriza a aposentadoria mais cedo aos segurados portadores de deficiência, dependendo do grau da sua deficiência, que é subdividido em leve, moderado e grave.

Finalmente, com o surgimento, em 2015, da Lei 13.146, constitui-se o estatuto da pessoa com deficiência, fundamentado na

Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU,² e ratificada pelo Congresso Nacional. Nesse ponto, a proteção concedida aos portadores de deficiência foi expandida, embora efetivamente não seja tão satisfatória como se almeja, pois as políticas públicas ainda são falhas.

Neste diapasão, cumpre salientar a análise dos capítulos designados a abordar as capacidades e políticas públicas de tutela, da obra “Fronteiras da Justiça”, da autora Nussbaum (2013), para esclarecer se o modelo proposto por ela é possível e conveniente e se o Estatuto dos portadores de deficiência se adequa a esta visão, no que tange à participação igual e ativa dos deficientes nas principais áreas da vida, delimitando assim o alcance ideal para a correta efetivação dos direitos dos deficientes.

2 DEFICIENTE COMO SUJEITO DE DIREITOS E DE DIGNIDADE HUMANA

Para a Teoria Geral do Direito Civil, personalidade jurídica é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou seja, é o atributo necessário para ser sujeito de direitos (BRASIL, 2002).

A aquisição da personalidade se dá com o nascimento com vida.

É sujeito de direitos aquele a quem se pode imputar direito e obrigação por meio da lei. Todas as pessoas, físicas ou jurídicas, são sujeitos de direito.

Salienta-se neste sentido, que as pessoas físicas ou pessoas naturais são todos os membros da espécie humana. Um ser humano, pelo simples fato de nascer, torna-se um sujeito de direitos.

² A Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus Reflexos na Ordem Jurídica Interna do Brasil (FERRAZ, 2012).

O sujeito de direitos pode praticar todos os atos jurídicos que a lei não lhes proíbe.

Em relação ao conceito acima, destaca-se o fato de que não há ressalva nem exceção no tocante aos sujeitos de direito, uma vez que neste aspecto, todos os sujeitos, sem distinção ou exceção estão sob o manto protetor do Estado, inserido neste contexto o portador de deficiência, que tem, além das garantias dispensadas a todos, um estatuto próprio, destinado a ampliar estes direitos, na tentativa de extirpar qualquer forma de desequilíbrio e discriminação.

Na antiguidade clássica, a noção de dignidade humana advinha da posição social que o indivíduo detinha, bem como seu reconhecimento pelos membros da sociedade.

O surgimento do direito subjetivo somente começou a existir na época em que se iniciou o reconhecimento político, social e jurídico da pessoa humana como sujeito de direitos a serem protegidos nas relações com o Estado e entre os particulares.

A Constituição Federal de 1988, em seu art.1º, inc. III prevê que o Estado Democrático de Direito possui como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se de um princípio extremamente relevante e que tem sido utilizado para fundamentar diversos temas em nosso ordenamento jurídico.

A dignidade é um atributo da pessoa humana pelo fato de simplesmente ser um “ser” humano, daí merecer respeito, sem que se observe qual sua origem, sexo, idade, raça, estado civil ou condição econômica e social. Assim, a pessoa humana não perde sua dignidade pelo fato de ser deficiente. Neste sentido, quanto mais protegida a dignidade da pessoa humana, mais desenvolvida será a sociedade em seu aspecto cultural.

No que tange aos direitos dos portadores de deficiências, um dos grandes desafios é sua inclusão na sociedade e o respeito à sua dignidade.

A cultura preconceituosa de anos pregava que os deficientes deveriam ser excluídos da sociedade, eis que eram vistos como uma verdadeira aberração da natureza. E, apesar de toda a evolução social, ainda impera um grande desafio que é aceitar e conviver bem com as desigualdades.

Nesta análise, é fundamental que se reconheça que, atualmente, qualquer estudo sobre legislação e direitos dos cidadãos que vivem sobre a tutela da legislação brasileira, há que se mencionar o princípio da dignidade humana como alicerce.

Com efeito, quando se menciona a legislação e as políticas públicas que tratam dos direitos dos deficientes, no que tange à sua dignidade, estar-se-á se referindo ao valor que o indivíduo faz e o respeito que o indivíduo traz de si mesmo, ou seja, estar-se-á se referindo à sua honra.

É um grande desafio a concretização, de forma eficiente, da garantia dos direitos do deficiente como sujeito que é de direitos, e sua dignidade humana, permeada por garantias legais, constitucionais, institucionais e sociais.

3 CONCEITO DE DEFICIÊNCIA

Pessoa com deficiência é aquela caracterizada com impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. Se, em interação com uma ou mais barreiras, o impedimento obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 2º da Lei 13.146 de 2015) (BRASIL, 2015).

A deficiência também é vista como todo e qualquer comprometimento que afeta a integridade física da pessoa e acarreta prejuízos para a sua locomoção, coordenação de movimento, linguagem e compreensão de informações que afetem o relacionamento com as outras pessoas.

A incapacidade de vida social normal das pessoas com deficiência, às vezes, toma conta do imaginário de indivíduos preconceituosos, mesmo com demonstrações cotidianas de capacidades e habilidades por parte de quem possui limitações. Neste sentido observa-se que seres ativos decodificam o ambiente com outras partes do corpo. São aqueles que leem com os dedos ou que falam com os gestos e pensam por imagens. Assim, têm as mesmas vivências de qualquer pessoa na vida pessoal e no trabalho, fazendo tudo o que as demais pessoas fazem, desde que garantidas as condições de acessibilidade para todos (PESSOAS..., [20-]).

A atual definição apresentada pela Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência pode eliminar dessa condição uma porção de indivíduos que antes, por critérios estritamente médicos, eram declarados pessoas com deficiência. Essa exclusão, embora implique a impossibilidade de gozo de benefícios aos excluídos, não afronta a proibição do retrocesso, apresentado no artigo 4º da mencionada Convenção.

Nova definição, agora constitucional, é atribuída para pessoa com deficiência, no ordenamento jurídico brasileiro, desde a internalização da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal. Leva-se em conta a dificuldade de inserção social do indivíduo para a sua caracterização.

A suplantação do conceito de pessoa com deficiência antigamente validado pelo nosso ordenamento jurídico, fundamentado unicamente em critérios médicos, acarreta consequências de ordem prática. Isto é, a possibilidade de alguém, julgado como pessoa com deficiência na avaliação do ordenamento jurídico anterior à Convenção, não mais ser enquadrado nesta definição. O objetivo é buscar resposta para a questão da influência da nova definição de pessoa com deficiência adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro na condição jurídica das pessoas que não mais assim se enquadrem.

Segundo alusão acima, conclui-se que ocorreram recentemente significativas transformações na definição de pessoa com deficiência. A Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, patrocinada pela Organização das Nações Unidas – ONU, aprovada pelo Brasil por intermédio do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, nos termos do §3º do art. 5º da Constituição Federal e, portanto, com equivalência de emenda constitucional, ratificada em 1º de agosto de 2008 e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro este novo conceito de pessoa com deficiência. Dessa vez de *status* constitucional e com eficácia revogatória de toda a legislação infraconstitucional que lhe seja contrária.

Essa Convenção, já em seu preâmbulo, na alínea “e”, indica a incompletude do conceito de deficiência, que deverá então ser analisado e atualizado em cada momento histórico. Destaca, ainda, sua perspectiva social, não sendo conceituada como algo intrínseco à pessoa.

Atente-se para a determinação do preâmbulo da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, no que se refere à conceituação de deficiência:

A deficiência é um conceito em evolução e deriva do convívio entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que dificultam a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais.

O conceito de pessoa com deficiência está colocado no artigo 1º da Convenção, com a seguinte redação:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Constata-se, com a leitura do artigo 1º, que a Convenção adota um conceito que privilegia a dimensão social. Saliente-se que pessoas com deficiência tiveram efetiva participação na elaboração da Convenção da ONU. Relaciona-se a um processo iniciado no final do Século XX e início do Século XXI, quando se iniciou a preocupação com a inserção e a integração das pessoas com deficiência. Além disso, buscava-se a equiparação de oportunidades de proveito das benesses do convívio social para todas as pessoas, após um longo processo histórico de rejeição e segregação pelo qual passaram as pessoas com deficiência.

4 LEI N. 13.146, DE 06 DE JULHO DE 2015

Este estatuto é a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) (FERRAZ, 2012). No seu artigo 1º proclama a função de garantir e viabilizar, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais para pessoa com deficiência, aspirando à sua inserção social e cidadania.

A incorporação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência à legislação brasileira ocorreu em 2008. Depois de uma atuação de liderança em seu processo de composição, o Brasil deliberou, soberanamente, legitimá-la com equivalência de emenda constitucional, nos termos previstos no Artigo 5º, § 3º da Constituição brasileira. E, quando o fez, assegurou um mecanismo gerador de maior respeito aos Direitos Humanos.

Objetiva-se desse modo edificar um país com acessibilidade, no sentido mais amplo desse conceito. Há consciência de que hoje não é o limite individual que determina a deficiência, mas os obstáculos existentes no meio físico, no transporte, na informação, na comunicação e nos serviços.

A Lei n. 13.146 refere-se ao aspecto da acessibilidade, fazendo alusão ao seu conceito, delimitações e adaptações. E deixa evidente a questão da igualdade e não discriminação dos deficientes em relação aos demais.

Ressalta-se a prioridade no atendimento, que deve ser dada a todos os portadores de deficiência em todos os atendimentos de ordem pública e particular. Fundamental destacar que a lei garante aos portadores de necessidade especial não apenas o direito à vida, mas a uma vida digna.

Os diversos direitos das pessoas com deficiência buscam a equalização das condições dos cidadãos. O acesso absoluto à saúde é garantido por meio do SUS. Além disso, a lei prevê o pleno desenvolvimento das suas habilidades, no que diz respeito à habilitação e à reabilitação.

Destaca-se ainda que restou assegurado o irrestrito ingresso na educação a fim de desenvolver ao máximo as habilidades, sem discriminação. Outrossim, está relacionado na lei o direito à moradia digna, assegurada a independência do deficiente, com as adequadas adaptações.

O capítulo VI refere-se ao direito ao trabalho, em igualdade de condições, habilitação, reabilitação e inclusão. Já o capítulo VII versa sobre a assistência social com a efetivação de projetos de política pública para que o deficiente e familiares obtenham renda, autonomia e participação social.

Relativamente ao regime de previdência social, a pessoa com deficiência é segurada do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e tem direito à aposentadoria nos termos da Lei Complementar no 142, de 8 de maio de 2013 (artigo 41 da lei).

Em relação ao direito à cultura, ao esporte, ao turismo e ao lazer, a pessoa deficiente terá igual direito de acesso e oportunidade, consoante o estatuto.

O capítulo X explana sobre o direito ao transporte e à mobilidade e aponta para a necessidade de eliminação de obstáculos e premência de acessibilidade adequada. A acessibilidade é tratada de forma especial, em capítulo próprio.

Em relação ao acesso às informações:

É obrigatória a acessibilidade nos sítios da internet mantidos por empresas com sede ou representação comercial no País ou por órgãos de governo, para uso da pessoa com deficiência, garantindo-lhe acesso às informações disponíveis, conforme as melhores práticas e diretrizes de acessibilidade adotadas internacionalmente. (artigo 63).

Igualmente são asseguradas técnicas e serviços de tecnologia assistida que potencializem sua autonomia. Em relação à tecnologia, está assegurada a inovação e a capacitação tecnológicas, direcionadas à melhoria da qualidade de vida e ao trabalho dos deficientes.

Para igualar as condições de oportunidades, faz-se necessário implementar uma série de direitos. Quanto à participação na vida pública, há a garantia de atuação em igualdade de condições com as demais pessoas.

O título II, parte especial, discorre sobre os crimes e das infrações administrativas contra os deficientes. No que tange ao acesso à justiça, é garantido livre acesso, com as adaptações adequadas e recursos de tecnologia assistida, em igualdade de condições com as demais pessoas.

É importante ressaltar que este Estatuto aborda de forma ampla os direitos dos deficientes. Porém, o desafio maior que se coloca no presente é colocar o estatuto em prática de maneira efetiva.

5 A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Afirma a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que indivíduos com deficiência são, antes de tudo, pessoas. Seres humanos como quaisquer outros, com atores de sua história, particularidades, contradições e características próprias. Indivíduos que batalham por seus direitos, reconhecem o respeito pela dignidade, pela independência, pela plena e efetiva atuação social, inserção na sociedade e pela igualdade de oportunidades. Há evidências no texto, portanto, que a deficiência é somente mais uma característica da condição humana.

O Brasil, em 2008, incorporou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada pela ONU, assim como seu Protocolo Facultativo. Com isso, foi introduzida com equivalência de emenda constitucional. Destaca-se aqui a operação conjunta entre sociedade civil e governo, demonstrando esforço democrático e exequível.

Nessa perspectiva, com o intuito de defender e assegurar oportunidades de vida com dignidade a todas as pessoas portadoras de alguma deficiência, a Convenção prevê supervisão periódica nas situações em que há pessoas nessa condição e prossegue no fortalecimento diário dos direitos humanos. Isso possibilita ao Brasil expor sua situação e, corajosamente, reconhecer que, embora muito já tenha sido realizado, ainda há muito a se realizar.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram firmados em Nova York, em 30 de março de 2007. O Governo brasileiro consignou o documento de ratificação dos mencionados atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 10 de agosto de 2008; e os atos internacionais em atenção começaram a vigorar no Brasil, na área jurídica externa, em 31 de agosto de 2008.

As diretrizes da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência são:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Sobre o princípio da Igualdade e não discriminação a presente Convenção aduz:

1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.
 2. Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.
 3. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida.
- Nos limites desta Convenção, as deliberações específicas necessárias com a finalidade de agilizar ou atingir a real igualdade das pessoas com deficiência não se julgarão discriminatórias.

Conclui-se assim que o escopo desta Convenção é a promoção, a proteção e a garantia da efetivação plena e equitativa dos amplos direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência. Ademais imprescindível assegurar a consumação do respeito pela dignidade inerente à pessoa portadora de qualquer deficiência.

6 O ENFOQUE DAS CAPACIDADES E A QUESTÃO SOCIAL DA TUTELA POR MARTHA NUSSBAUM

O enfoque das capacidades não visa conceder uma explanação integral da justiça social. Trata-se da elucidação do mínimo de garantias sociais centrais e apresenta compatibilidade com diferentes visões sobre como resolver questões de justiça e distribuição, posto que haja necessidade de todos os cidadãos estarem acima do nível mínimo. Não se afirma da mesma forma que o rol de direitos consista em um esclarecimento detalhado da justiça política; é possível haver outros valores políticos relevantes, estreitamente articulados com a justiça, não incluídos no esquema de Nussbaum.

Esse rol é ele mesmo, claro e com mudanças no curso da história. Indubitavelmente sofrerá mais alterações como consequência de críticas.

Abaixo a lista das capacidades humanas centrais segundo a autora:

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 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 estarem protegidas contra ataques de violência, inclusive agressões sexuais e violência doméstica; 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 científico básico. Ser capaz de usar a imaginação e o pensamento com 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 evitar dores não benéficas.

5. Emoções. Ser capaz de manter relações afetivas com coisas e pessoa 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 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 autorespeito 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 função principal da relação de capacidades no contexto das políticas públicas, de acordo com Nussbaum, é conhecer se a organização política pública sob a qual algum deficiente vive estende-lhe a base social de todas as capacidades arroladas.

De maneira efetiva, ao ponderar sobre a relação das capacidades e seus níveis mínimos, devem-se canalizar políticas públicas para o deficiente. Essa ponderação encaminha questão das políticas públicas para tutela destas capacidades.

Ainda, para Martha Nussbaum, grande parte dos países ampara as capacidades das pessoas com impedimentos mentais por meio de tutela. Consoante a autora, inúmeros países retificaram recentemente essa lista e sugeriram opções criativas cujo foco fosse a dignidade humana e capacidade de escolha. Tudo com atuação ativa e igualitária em todas as áreas centrais da vida.

Deveras, garante-se dessa forma a existência do deficiente com o máximo de independência, privacidade e dignidade, a fim de realizar integralmente seu potencial. Assim, o indivíduo com deficiência conserva o direito de tomadas de decisões individuais, particulares, de acordo com seus anseios e preferências.

Para a autora, existem crescentes movimentações de reformas para aprimorar estes direitos. Além disso, todas estas reestruturações são almejadas por pessoas com deficiência e seus defensores. No deslinde de um progressivo movimento internacional pela ampla igualdade dos direitos, evidencia-se a relevância de uma perspectiva que considere as pessoas portadoras de deficiência como detentoras de direitos absolutamente iguais, dignas de um abundante campo de serviços sociais que assegurem oportunidades de exercício de seus direitos.

Desta forma transcreve-se uma bela citação de Mary Robinson:

É intolerável que qualquer homem, mulher ou criança siga a sua vida de maneira segregada e privada de seus direitos por qualquer razão, menos ainda porque nasceram com um corpo ou mente que nosso sistema global possa considerar muito diferente para acomodá-lo. Que sua segregação ocorra devido a uma deficiência física ou mental, como oposta a uma das classificações mais “tradicionais” ou visíveis como raça ou religião ou gênero, não torna a violação dos seus direitos menos grave. A verdadeira igualdade para os deficientes significa mais do que rampas de acesso aos prédios e meios de transporte. Ela ordena uma mudança de atitude na fábrica social – da qual todos nós fazemos parte- a fim de garantir que eles não sejam mais vistos como problemas, mas como detentores de direitos que merecem ser cumpridos com a mesma urgência com que esperamos para os nossos próprios. A igualdade propõe um fim em nossa tendência de perceber “defeitos” no indivíduo, e direciona nossa atenção para as falhas nos mecanismos sociais e econômicos que não acomodam as diferenças.

Por todo o exposto, observa-se que a autora não tem intenção de limitar a lista de capacidades de forma fechada e intocável, ao contrário, espera-se que os Estados assegurem, com o surgimento de novas necessidades, e por meio de políticas públicas, o mínimo previsto na obra

mencionada, e mais, aumentem o rol de direitos no tempo e espaço, de forma a garantir cada vez mais a inserção do deficiente no seu meio social.

7 RELAÇÃO DA LEI 13.146 DE 2015 AOS PADRÕES ESTABELECIDOS POR MARTHA NUSSBAUM

No tocante às capacidades e tutelas listadas por Martha Nussbaum em sua obra “Fronteiras da Justiça”, a serem cumpridas por meio das políticas públicas, traça-se o objetivo de verificar se a lei 13.146, introduzida no nosso ordenamento jurídico em 2015, a qual versa de forma abrangente sobre os direitos dos portadores de deficiência, atende às indagações e afirmações expostas pela autora e em qual extensão.

Haja vista a relação de capacidades apresentada por Nussbaum, o Estatuto das Pessoas Deficientes as resguarda, nos artigos próprios abaixo elencados:

1. Direito à vida, de forma digna, previsto no capítulo I, artigo 10;
2. Direito à saúde e integridade físicas, previstos no capítulo III, artigo 18;
3. Direito à preservação dos sentidos, imaginação e pensamento (educação adequada), previsto nos capítulo IV, artigo 27;
4. Direito à preservação das emoções (saúde mental): artigo 25;
5. Direito à liberdade de consciência: artigo 1º;
6. Direito de afiliação e também proteger a liberdade de associação e de expressão política e direito à não discriminação, no capítulo II artigo 4º e artigo 35 parágrafo único;
7. Direito ao lazer e controle sobre o próprio ambiente, capítulo IX, no artigo 42 e seguintes;
8. Direito à relação respeitosa com o meio ambiente (animais, plantas e natureza): artigo 16, II.

A tutela se transforma, segundo a autora, não em um problema de superar a “incompetência” de uma pessoa, mas uma forma de descomplicar o acesso desses seres humanos a todas as capacidades centrais. Faz-se necessário que a norma coloque a pessoa em uma posição

de escolha da funcionalidade em questão. No espaço em que isso se torna impossível, temporária ou permanentemente, a assistência deve ser perfeitamente pertinente para atender a pessoa onde a tutela se fizer necessária, de maneira que predisponha a pessoa a envolver-se tanto quanto possível nas escolhas dos caminhos e das decisões.

A lista apontada por Nussbaum, sem dúvida não é exaustiva, e esta lei, sem dúvida, não trata de forma escassa da relação de capacidades apresentadas pela autora, ao contrário, a complementa. O Estatuto vai além e engloba mais capacidades.

A dificuldade com que se defronta, todavia, não é mais a concepção normativa que abarque as capacidades e suas tutelas, mas a eficiência das políticas públicas de fazer valer a inovação legislativa.

No Brasil há uma triste realidade em relação às entraves que dificultam a concretização da lista de capacidades de Nussbaum, asseguradas pelo Estatuto das pessoas com deficiência, dos quais se destacam:

- Na saúde: atendimentos insuficientes em relação à demanda em espaços pequenos, para quem não tem pode pagar pelo atendimento;
- No serviço social: poucas verbas para os programas de assistência à comunidade carente e poucos profissionais à disposição;
- No trabalho: poucos empregadores dispostos a oferecer trabalho aos deficientes, com ofertas de baixos salários;
- No lazer e nos esportes: não há acessibilidade nem projetos que incluam os deficientes;
- Na educação: falta de equipe multidisciplinar e falta de infraestrutura.

Soma-se aos atendimentos precários um cenário de emblemáticos casos de corrupção, os quais acarretam vultosos rombos aos cofres públicos. Em consequência, os setores assistenciais e previdenciários não asseguram minimamente estes direitos da lei 13.146 de 2015, conforme se vê diante das tristes estatísticas apresentadas pela mídia.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inobstante a previsão legal de proteção aos deficientes esteja assegurada no nosso ordenamento jurídico, especialmente na lei 13.146/2015, de forma ampla, observe-se que é clara a necessidade de segurança jurídica no âmbito do direito previdenciário e assistencial a fim de beneficiar os portadores de deficiência, assegurando-lhes assim todos os direitos previstos.

Certo é que, nos últimos tempos de transtorno institucional, o Estado realizou diversos ajustes nessa área de Direito Social, a fim de reduzir o déficit do INSS. Assim, expandiu o fôlego das contas do governo, mas abandonou o foco das políticas públicas destes direitos. Um motivo para essa situação provavelmente deve-se ao fato da falta de transparência exigida na compreensão das regras para a concessão de benefícios de caráter essencial.

Dados divulgados pela OMS, de 2011, apontam para 1 bilhão de pessoas com alguma deficiência – isso consiste em uma em cada sete pessoas no mundo. A ausência de pesquisas e informações sobre pessoas com deficiência concorre para a invisibilidade dessas pessoas. Esse contexto apresenta-se como uma barreira para planificar e implementar políticas de desenvolvimento para a evolução das pessoas com deficiência.

Segundo a ONU, 80% das pessoas com alguma deficiência encontra-se em nações emergentes. E neste sentido há um grande problema eis que se eleva o custo de vida em torno de um terço da renda, em média, para pessoas com alguma deficiência.

No que tange à educação, concluir os primeiros ciclos de estudo³ é um desafio maior para as crianças com deficiência: enquanto 60% dessas

³ Os ciclos organizam o tempo escolar de acordo com as fases de crescimento do ser humano. Eles podem ser divididos em etapas referentes à primeira infância (3 a 6 anos), à infância (7 a 9 anos), à pré-adolescência (10 e 11 anos) e à adolescência (12 a 14 anos).

crianças completam essas etapas dos estudos nos países desenvolvidos, apenas 45% (meninos) e 32% (meninas) completam o ensino primário nos países em desenvolvimento.

Além disso, em relação à saúde, 50% das pessoas com deficiência não possuem renda para pagar por serviços de saúde, e o SUS não possui efetivo para oferecer à rede pública um atendimento eficaz a todos os portadores de deficiência.

Não se pode esquecer que urge também a necessidade de mudança na mentalidade das pessoas que veem o deficiente como um problema social. As dificuldades são enormes a fim de sensibilizar a sociedade, as empresas privadas e educadores sobre essa questão. Há uma tendência de forte omissão no tocante às ações em prol dos portadores de deficiência.

Por outro lado, a ideia de um só modelo social que atenda a todos acaba excluindo portadores de necessidades especiais em relação aos recursos que a sociedade oferece, tais como as barreiras sociais, educacionais e arquitetônicas.

Importante ressaltar que o princípio fundamental para que se implemente uma sociedade inclusiva é que todos os deficientes tenham um mínimo de necessidades especiais satisfeitas, a fim de se constituir uma sociedade verdadeiramente democrática.

Destaca-se também a luta a favor da inclusão do portador de deficiência deve ser responsabilidade de toda a sociedade juntamente com o Estado. Neste sentido, faz-se necessário alterar este quadro por meio de um trabalho de conscientização para inclusão dos deficientes na sociedade, investimento em capacitação profissional, em projetos de inclusão e em infraestrutura, tendo a mídia como aliada.

Diante de tudo isso é imperioso um desafio: políticas públicas efetivas que privilegiem a inserção destas pessoas deficientes no que concerne a um mínimo de direitos aos quais fazem *jus* e que se encontram

contemplados no Estatuto dos portadores de deficiência, com vistas à garantia da indigitada dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência*. 4. ed. Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos, 2011.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus Reflexos na Ordem Jurídica Interna do Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. 20. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 18 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art101>. Acesso em: 18 ago. 2017.

BRASIL. Secretária de Direitos Humanos. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Decreto Legislativo n. 186/2008 e n. 6.949/2009. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaopessoascomdeficiencia.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BUBLITZ, Michelle Dias; PEZELLA, Maria Cristina Cereser. Pessoa como Sujeito de Direitos na Sociedade da Informação: garantia fundamental de proteção à dignidade da pessoa humana face ao valor social do trabalho. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 35, n. 68, p. 239-260, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n68/11.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O Novo Conceito Constitucional de Pessoa Com Deficiência: um Ato de Coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAIA, Maurício. *Novo Conceito de Pessoa com Deficiência e Proibição do Retrocesso*. [20-]. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265873>. Acesso em: 17 ago. 2017.

PESSOAS com Deficiência. *Info Jovem*, [20--]. Disponível em: <<http://www.infojovem.org.br/infopedia/descubra-e-aprenda/diversidade/pessoas-com-deficiencia/>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, Alcance e Impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual Dos Direitos Da Pessoa Com Deficiência*. São Paulo: Saraiva. 2012.

**CAPÍTULO III –
FUNDAMENTAÇÃO
FILOSÓFICA DOS DIREITOS
HUMANOS FUNDAMENTAIS**



EDUCAÇÃO BÁSICA E O DIREITO AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS CAPACIDADES INDIVIDUAIS

Cleber José Tizziani Schneider¹

I INTRODUÇÃO

A educação focada na formação humana integral no âmbito da Educação Básica mostra-se mais apropriada para auxiliar na construção do conceito de dignidade e vai de encontro ao excessivo direcionamento para o ensino profissional voltado aos interesses do mercado e inibidor das potencialidades do estudante. Com a análise dos aspectos ligados à justiça social, pretende-se assimilar o papel da educação na inclusão de pessoas negligenciadas.

As ideias de justiça e educação serão desenvolvidas e confrontadas com o cenário atual da educação básica brasileira, cujas forças políticas arquitetam uma pauta voltada à formação para o mercado, tanto no aspecto curricular quanto por meio da chamada “privatização” do ensino. Busca-se auxiliar na formulação de propostas para superar o problema da utilização das escolas do sistema básico de ensino para atingir finalidade diversa da garantia do direito social à educação voltado a alcançar o pleno desenvolvimento da pessoa por meio de uma formação humana integral.

¹ Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó; mes-trando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Oficial de Justiça no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Ao vincular os conceitos de justiça social e educação a partir de contribuições filosóficas, pelo método indutivo, critica-se o direcionamento excessivo das políticas públicas educacionais à formação profissional e pragmática, via financiamento público, e as prováveis consequências dessa prática na autodeterminação dos aprendentes das camadas populares para escolher seus destinos.

A partir da análise de elementos da chamada “reforma” do Ensino Médio, conclui-se que a educação como direito fundamental universal vai além da mera proficiência em matemática, linguagem ou ciências e suas tecnologias ou da simples preparação para o mercado de trabalho, por meio de um ensino apostilado e pragmático. A construção do currículo da Educação Básica norteada pelo princípio da formação humana integral, auxilia na aprendizagem dos temas estudados e capacita o indivíduo a entender-se e colocar-se diante dos fatos de forma crítica.

2 JUSTIÇA SOCIAL COMO IGUALDADE MATERIAL

O direito à educação tem afeição com os assim classificados “direitos sociais”, garantidores de prestações positivas por parte do Estado, como forma de alcançar a igualdade material. Logo, a investigação das formas de realização da justiça social passa pela construção de políticas públicas educacionais inclusivas, que atendam aos critérios elencados na Constituição brasileira de 1988 e sejam condizentes com a razão pública, no sentido rawlsiano.

Se a Revolução Francesa de 1789 foi o marco da primeira perspectiva de direitos, a Revolução Industrial marcou a segunda perspectiva de direitos humanos, também chamados de direitos de segunda dimensão (SARLET, 2015, p. 47-48). Nessa fase, defendeu-se o valor igualdade, o papel do Estado forte, para garantir-se o bem-estar de todos. Busca-se, a partir dessa nova fase história da industrialização, a

igualdade econômica e não igualdade meramente jurídica (PORTANOVA, 2006, p. 132-133). Nesse sentido, é possível afirmar que os direitos econômicos são históricos.

Na Revolução Francesa, marco da primeira perspectiva de direitos, a ideia de justiça era profana, sendo resultado de um processo originado no humanismo da Renascença. A ideia de justiça passaria com o tempo a ser a igualdade dos seres humanos, livres por natureza e criadores de seu próprio destino político e de sua ordem jurídica.

A liberdade é inerente ao ser humano, primeiro bem que se deve reconhecer a cada um e, com isso, somando-se o valor igualdade, estão assentadas bases kantianas para um projeto de paz perpétua, tanto interna quanto entre as nações. Contudo, Kant não levava em consideração a fraternidade em seu conceito de justiça centrado na igualdade, em sua dimensão formal, e na liberdade (elemento ético). Essa ideia de justiça não é a que se entende por “justiça social”, na definição de Salgado (2012, p. 4), “[...] ideia norteadora da consciência política dos povos civilizados contemporâneos, nascida sob condições históricas mais complexas.”

A ideia de justiça que informa o Estado de Direito, como Estado de Direito, simplesmente, é a realização da liberdade para Kant, necessária e suficiente no contexto vivido naquela época. Diversamente, a ideia de justiça contemporânea não se restringe ao conteúdo apenas ético da liberdade ou da paz perpétua, mas, estende-se às questões que envolvem as condições concretas de vida do povo e dá relevância ao aspecto social. Busca-se não só a paz, mas, também, a felicidade perpétua e a justiça social, elementos que passam a nortear a ação política contemporânea.

O colocar a liberdade em primeiro plano, acima da igualdade, reflete o interesse da classe burguesa em ascensão na livre troca de mercadoria, dentro de uma concepção individualista de liberdade. Isso, na opinião de Salgado, não descredita a ideia de liberdade em Kant, vista como liberdade de todos os homens. A liberdade, embora revelada nas

condições materiais de vida de uma classe determinada, a burguesia, nas palavras de Salgado (2012, p 212), “[...] não é de interesse dessa classe somente, mas de todo ser racional, ou de todos os homens, individual e coletivamente considerados, porque o interesse da razão [...] é a própria liberdade.”

Assim, pode-se afirmar que cada fase de reconhecimento dos direitos humanos ocorre uma modificação da que a sucedeu: parte-se do poder absoluto do monarca pautado no domínio da religião (*ancien régime*), somente superado pela primeira onda de direitos do indivíduo. Como os direitos de liberdade (liberdades públicas) não abarcaram todas as pessoas, os direitos de igualdade passaram a ser defendidos em um maior grau.

Nesse contexto, o direito à educação contemporâneo é analisado sob um novo foco, de superação da já tradicional utilização como um instrumento de dominação, diretamente controlado pelas estruturas do poder. Na linha sustentada por Barraycoa (2002, p. 120-121),² a educação não pode ser relegada a estrutura de poder, que somente pode atuar de maneira subsidiária. O poder político deve atuar objetivamente para não se degenerar ao tentar realizar o controle social por meio da educação, a qual tem origem no amor entre as pessoas, pais e filhos, e não na estrutura de poder que tenta dominar o indivíduo.

O novo direito à educação tem uma significação revolucionária que indica a independência das amarras do poder de dominação dos atores estatais que o controla. Assim, a razão pedagógica deve afastar-se da razão biológica da família ou da razão política do Estado, para considerar a razão ética do Educando, limitadora da onipotência do Estado que

² “No se puede relegar la educación a la estructura de poder. El poder sólo puede actuar subsidiariamente respecto a la educación. La comprensión de lo que el hombre es y cómo puede ser educado solo puede partir de la experiencia íntima en la vida familiar. Toda objetividad que se arroga el poder político a la hora de educar, degenera fácilmente en una educación para el control social. La educación tiene su origen en el amor interpersonal que sólo puede darse entre personas, padres y hijos, y no en el interés de la estructura de poder para con el individuo.”

dita o arbítrio parental, na tentativa de perpetuar as estruturas sociais. Para citar uma metáfora de Monteiro (2003, p. 787): “[...] a educação já não está centrada na terra dos adultos, nem no sol da infância, mas projetada no universo dos direitos do ser humano, onde não há maiores e menores, pais e filhos, professores e alunos, mas sujeitos iguais em dignidade e direitos.”

Para Salgado (2012, p. 215), Kant não poderia pensar que a força de trabalho, com influência de Adam Smith, pudesse ser considerada uma mercadoria de que pode dispor com certa liberdade o empregado, tendo sido levado a admitir a chamada “contingência empírica”, na teoria do cidadão, como necessária para expurgar o empírico de uma atividade que representa a realização da eticidade no campo político: a co-legislação, que não deve ser perturbada. A propriedade é posta como instrumento de independência para o exercício da liberdade, o que autoriza interpretar o pensamento kantiano como seguidor da velha teoria do poder da sociedade civil dominante na Europa desde Aristóteles, que a estudou pelos dados empíricos da sociedade grega. Não obstante, concorda Salgado que “[...] a dignidade do pensador legitima concebermos a ideia da autossuficiência como uma exigência a priori do funcionamento da sociedade civil, segundo princípio da razão pura prática.”

Da liberdade negativa, todos os membros da sociedade deveriam participar, dentro de uma ordem jurídica. Já da liberdade positiva, entendida como autonomia política, na prática, nem todos participavam, visto que era necessário satisfazer determinadas condições para tanto, dentre elas a propriedade rentável de bens. Apesar de contrariar a concepção qualitativa de cidadão de Aristóteles, o mérito de Kant está em que a abstração possibilita considerar que todos os cidadãos poderão vir a ser considerados, abstratamente, iguais.

Apesar de admitir que a propriedade rentável seja uma das condições de autossuficiência, garantindo, assim, a livre legislação, de

forma racional, sem intervenção do Estado, há em Kant algo de novo em relação aos demais filósofos desde Aristóteles, qual seja: a base de sua teoria é o princípio da liberdade de todos os homens e, por conseguinte, sua igualdade originária. A concepção de cidadão em Kant, pautada, também, na igualdade, ainda que abstratamente considerada, é a semente da igualdade material. A dignidade, entendida como dever de respeitar o outro como fim em si mesmo, e não como coisa, e a chamada liberdade positiva (política) são capazes de sustentar a noção de justiça social contemporânea.

No paradigma de modificação progressiva dos direitos humanos, o direito à liberdade positiva (política), em tese, não se restringe à determinada parcela da sociedade, o que possibilita a participação democrática de todas as pessoas, independentemente das suas posses. Nesse sentido, a excelência educacional passa pela garantia de iguais condições de acesso aos níveis mais elevados de ensino para, assim, traduzir-se em justiça social.

3 O DIREITO AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS CAPACIDADES INDIVIDUAIS COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Parte-se da hipótese aventada por Mulinari (2013) de que a educação para Kant seria responsável por ajudar na formação moral do indivíduo, formação esta fundamentada principalmente na possibilidade de aquisição da autonomia por parte do sujeito. Com isso, quer-se responder à questão que se coloca, qual seja, a de apresentar os motivos por que se educa, dentre os quais, assegurar a autonomia do indivíduo. Assim, pontua-se que a educação é, para Kant, um projeto de formação moral do homem que visa à sua autonomia e liberdade.

O Estado kantiano tem uma finalidade ética, porque é o guardião do direito, além disso, tem ele (Estado), nas palavras de Salgado (2012, p. 186), “[...] uma função educadora, pois uma ‘uma boa constituição faz bons cidadãos’; e o que lhe dá o caráter ético é o direito e, em última instância, o direito da pessoa humana por excelência (*Recht der Menschheit*), a liberdade.” Destaca-se do pensamento de Kant o seu imperativo categórico, que ordena a humanidade considerada, tanto em nós como nos outros, fim em si mesma (pessoa). Exige-se, primeiro, que se faça valer a dignidade própria, de pessoa, para que se respeite a dignidade do outro.

A dignidade da pessoa humana, em que pese a dificuldade em expressar uma definição, materializa-se no plano da razão pública, pela satisfação de todos os direitos fundamentais, tanto individuais quanto coletivos ou sociais e tem relação com o pleno desenvolvimento da personalidade. Para tanto, nas palavras de Sarmiento (2006, p. 138), é necessária uma “fórmula de compatibilização entre a tutela efetiva dos direitos fundamentais e a salvaguarda da autonomia privada da pessoa humana.” Nesse sentido, priorizar o primeiro aspecto significa defender uma eficácia maior dos direitos fundamentais entre os particulares e conferir um peso maior à autonomia privada, alinha-se a teorias que tendem a mitigar essa incidência.

Ontologicamente, trata-se a dignidade da pessoa humana de qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, a qual impede a sua coisificação e se traduz na capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão. Elemento intrínseco e universal, que nasce com a pessoa humana e impede o desrespeito à autodeterminação de cada pessoa, ou seja, usar a pessoa como meio para

atingir determinado fim. Nesse sentido, a formulação de Immanuel Kant em sua obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes.”³

Contemporaneamente, diferencia-se a “dignidade humana”, entendida como qualidade comum a todos os homens, num sentido cultural, de “dignidade da pessoa humana”, considerada em relação a uma determinada pessoa. A dignidade da pessoa humana não pode sucumbir diante de interesses coletivos não devidamente justificados. Aqui, a ideia de dignidade coletiva, especialmente se as razões não forem suficientemente esclarecidas, pode significar uma violação da dignidade individual, de acordo com o conceito de dignidade que se venha a adotar por determinado indivíduo, que optou por ficar à margem da ideia de razão pública, mas que, ainda assim, preserva um aspecto da dignidade, decorrente do fato de ser uma pessoa.

Contudo, dado o positivismo jurídico que marcou o início da era dos direitos fundamentais, o subjetivismo tinha vez apenas no âmbito do regime privatista, da lei civil. Aos direitos fundamentais opunha-se a sua fundamentação metafísica, histórica, portanto, não jurídica, motivo pelo qual se sustentava a sua inoponibilidade em face do Estado, ou seja, pregava-se a ausência de juridicidade ou normatividade aos direitos fundamentais.

Para Kant, a liberdade é um momento de individualização, que destaca o homem do grupo. Paradoxalmente, constata Salgado (2012, p. 200), que a liberdade somente pode ser desenvolvida em sociedade, pela educação que, nas suas palavras, “[...] só é possível na sociedade, uma vez que é formação recebida de outro.” O direito, por sua vez, é a forma que

³ Título original em alemão: “*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*”, de 1785. A dignidade ganhou a sua formulação clássica por Kant (2007, p. 77), que defendia que as pessoas deveriam ser tratadas como um fim e não como um meio: “No reino dos fins tudo tem ou um *preço* ou uma *dignidade*. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.”

se tem para alcançar-se a liberdade, além de desempenhar uma função educadora para a liberdade, afastando-se a lei de Talião.

Para o homem, a socialização está presente no estado de natureza, ou seja, a família é uma sociedade natural admitida, também, por Rousseau e Kant. O que não é natural é o Estado, ao contrário do que afirmara Aristóteles. São princípios *a priori*, assim definidos por Kant, sobre os quais se estabelece a sociedade civil, como nos conta Salgado (2012, p. 209-210): a) “a liberdade de cada membro da sociedade, como homem”; a igualdade desses membros, “como súditos”; c) “a de cada membro de uma comunidade, como cidadão.”

A Revolução Francesa é vista como efeito de condições da cultura francesa, que aspirava à felicidade,⁴ ideal que não necessita sequer seu reconhecimento no texto constitucional, pois deve seguir-se naturalmente, em decorrência da ideia central de liberdade no pensamento político, como forma de anular o antagonismo entre dominantes e oprimidos. A Revolução, assim, é consequência de uma causa moral, qual seja, a liberdade. Nas palavras de Salgado (2012, p. 226), “[...] a liberdade que constitui o momento louvado por ele (Kant) na Revolução, que é a prova do progresso moral da humanidade, expressa no entusiasmo desinteressado (de natureza ideal) dos que a fizeram e dos que a observaram, e que se promove pela educação.”

A partir do giro kantiano, o indivíduo é sempre o fim. Para que não se configure uma ofensa à dignidade inerente a toda e qualquer da pessoa, o fim será, sempre, a pessoa e não a vontade exclusiva do soberano. Por conseguinte, a liberdade pode ser reconhecida como um direito cultural, que representou o progresso moral pautado num entusiasmo desinteressado a ser promovido por meio da educação.

⁴ Para Salgado (2012, p. 236), Kant elege como central no pensamento político a ideia de “liberdade”. Contudo, não elenca a “felicidade” como ideal que deve constar na Constituição, pois esta seguir-se-ia naturalmente. Nessa medida, o direito à propriedade, também, abrangeria outros direitos, como o direito social à moradia, à alimentação, à vida digna, à inviolabilidade de domicílio etc.

Na terceira parte da obra *Teoria da Justiça* (1997), Rawls desenvolve a sua concepção de educação e formação moral e, nesse passo, trata do desenvolvimento do senso de justiça, que norteia a educação. O papel da educação estaria diretamente ligado aos conceitos de “sociedade bem ordenada” e “bens primários”, sendo entendida a educação como meio pelo qual se desenvolvem habilidades e aptidões individuais.

A sociedade bem ordenada é aquela regulada por uma concepção pública de justiça, sabida e aceita por todos os seus integrantes. Os bens sociais primários devem oportunizados a todos, destacando-se a prevalência de determinados bens sobre outros, como, por exemplo, a importância destinada pelo autor ao bem primário “autoestima”. A educação visa, então, cultivar os bens primários necessários à deliberação política e moral, preservando, assim o caráter deliberativo das razões.

A educação está inserida no segundo princípio de justiça rawlsiano, que se divide em duas partes. A primeira, chamada “princípio da igualdade equitativa de oportunidades”, opõe-se à igualdade formal pregada pelo liberalismo clássico e marca a ideia de “liberalismo político” na medida em que preceitua igualdade de oportunidades para aqueles que forem dotados de talentos e habilidades semelhantes no seio de uma sociedade bem ordenada. Para assegurar-se esse princípio, portanto, devem ser garantidas iguais oportunidades para pessoas em diferentes condições e que, por isso, dependem de uma ajuda por parte daqueles que conseguem pelos próprios meios dispor dos bens da vida.

Vale destacar que, para Rawls, ações afirmativas não servem bem como políticas públicas, aparentando-se incompatíveis com o princípio da igualdade equitativa de oportunidades. Não obstante, como observa Freeman (2007, p. 90-91),⁵ o autor não rejeita as ações afirmativas

⁵ “In lectures he indicated that it may be a proper corrective for remedying the present effects of past discrimination. But this assumes it is temporary. Under the ideal conditions of a ‘wellordered society’, Rawls did not regard preferential treatment as compatible with fair equal opportunity. It does not fit with the emphasis on individuals and individual rights, rather than groups or group rights, that is central to liberalism.”

em determinadas circunstâncias, pois podem servir como corretivo para discriminações passadas, desde que usadas por um determinado período de tempo. Não obstante, em condições ideais, numa sociedade bem ordenada, ações afirmativas são incompatíveis com a igualdade equitativa de oportunidades, pois não enfatizam os indivíduos e os direitos individuais, em vez disso, tais ações priorizam grupos, o que conflita com a teoria liberal.

A segunda parte do segundo princípio de justiça é chamada de “princípio da diferença”. De acordo com os ditames do “princípio da diferença”, seria possível alocar recursos para a educação e, assim, elevar as expectativas de longo prazo dos menos favorecidos. Tais expectativas, contudo, não se deve aferir que sejam garantidas por meio da educação como forma de conseguir eficiência econômica ou bem-estar social. O papel mais importante da educação é, nas palavras de Rawls (1997, p. 108), “[...] proporcionar a uma pessoa a possibilidade de apreciar a cultura de sua sociedade e tomar parte de suas atividades, e desse modo, proporcionar a cada indivíduo um sentido de confiança seguro de seu valor próprio.”

Nesse passo, conclui o autor que a educação uma forma de permitir acesso aos bens primários, entre os quais, a autoestima. Tem-se assim, que o valor da educação está em permitir ao indivíduo apropriar-se da cultura de sua sociedade e de toda a produção cultural humana, reforçando o valor de cada pessoa. O papel da educação é, portanto, possibilitar ao indivíduo uma ação refletida pelos princípios de justiça, somente possíveis de serem aceitos por pessoas racionais, livres e iguais, assim tornados por meio da educação.

Como efeito da primeira parte do segundo princípio (“princípio da igualdade equitativa de oportunidades”), tem-se a imposição a toda

a sociedade de oferecer oportunidades iguais de educação para os seus membros.

Nussbaum (2013, p. 390) defende que os governos nacionais devem focar, em matéria de educação, na extensão de oportunidades básicas para todos, o que implica preocupação com as capacidades ou habilidades e com os desfavorecidos e excluídos. Sugere a autora dar preferência no financiamento de grupos que forneçam educação para mulheres e outras minorias (senão maiorias), para superação das negligências.

Também, as nações prósperas teriam a responsabilidade de fornecer uma parte substancial do Produto Interno Bruto (PIB) às nações mais pobres. Estabelece a autora (afirmando que o percentual é discutível, mas o princípio geral não) que um mínimo de 2% o Produto Interno Bruto das nações prósperas seria um número inicial moralmente adequado. Todavia, constata que, atualmente (2013), os Estados Unidos consagram 0,01% do PIB para a ajuda externa; as nações europeias consagram um pouco menos de 1%.

Não obstante, afirma Nussbaum (2013, p. 390) que a corrupção governamental ou a prática de formas injustas de lidar com as minorias desfavorecidas autorizaria as nações ricas a se utilizar de organizações não-governamentais (ONG's) para repasse dos recursos. Cita o exemplo do financiamento da educação na Índia em 2003, que poderia ter sido feito por intermédio de ONG's em vez do governo nacional, caso algum ministro da educação estivesse empenhado, por exemplo, em hinduizar o currículo, em vez de focar na extensão de oportunidades básicas para todos.

Nussbaum (2013, p. 248-249) concorda com Rawls ao afirmar que o propósito da cooperação social é incentivar a dignidade e o bem-estar de todos, pois gastos com pobreza, apesar de custosos, são ditados pelo compromisso social. Todavia, critica a ausência de uma atribuição

de compromisso ao Estado em relação à inclusão social das pessoas com impedimentos físicos e mentais, já que o autor trata de firmar a obrigação do Estado em relação aos deficientes apenas na hora em que os princípios já tenham sido fixados e não a partir dos próprios princípios políticos básicos.

Além do foco nas pessoas com impedimento físicos e mentais, a autora salienta o papel da educação para a autonomia de pessoas desfavorecidas. A educação seria, em suas palavras, (2013, p. 396), “[...] a chave para todas as capacidades humanas”, o que obrigaria todas as instituições e indivíduos a “[...] apoiar a educação como chave para a autonomia de pessoas atualmente desfavorecidas.” Contudo, a autora que a educação “[...] está entre os recursos mais mal distribuídos em todo o mundo” e destaca a importância do seu fomento para a “[...] democracia, para a satisfação da vida, para a igualdade e mobilidade dentro da própria nação, para a ação política efetiva e para além das fronteiras nacionais.”

Cobra-se, assim, o papel dos governos nacionais, bem como das empresas, organizações não governamentais financiadas por contribuições individuais, ajuda estrangeira de governos etc., esfera pública global em documentos e fóruns internacionais, os quais podem fazer mais coisas para proteger a “educação primária e secundária universal”. Nesse sentido, Nussbaum (2013, p. 396-397) afirma que “(a) educação deveria ser concebida não meramente como fornecedora de habilidades técnicas úteis, mas também, e mais centralmente, como um meio de enriquecimento geral da pessoa através da informação, do pensamento crítico e da imaginação.”

Reafirma a autora a crítica a Rawls, para afirmar que os princípios por ela defendidos dão ênfase às capacidades das pessoas, à igualdade, à possibilidade de mobilidade dentro da própria nação, à satisfação da vida etc. O seu enfoque é o “respeito igual pelas pessoas”, que não dispensa a assunção de “[...] compromissos em promover as capacidades humanas

para toda e qualquer pessoa e em remover as características estruturais do sistema mundial.” (NUSSBAUM, 2013, p. 397). Tais características estruturais colocam-se entre as pessoas e as oportunidades de vida decentes e, assim, há um compromisso de toda a sociedade na promoção de “[...] toda e qualquer capacidade, em vez de tratar alguns assuntos humanos importantes como meramente instrumentais para a busca da riqueza.”

Nas relações internacionais entre nações, a autora prega a substituição da ideia de “vantagem mútua”, por ela entendida como “mais fraca”, pela ideia de “desenvolvimento humano e associação humana global”. Defende, assim, uma nova explicação a respeito dos propósitos da cooperação internacional, pautada, nas suas palavras, “[...] pela exigência de que todas as nações façam o bastante para promover o bem-estar das pessoas nas nações mais pobres.” (NUSSBAUM, 2013, p. 397).

Dentre as capacidades ou habilidades (“*capabilities*”), apresentadas por Nussbaum (2003),⁶ a que tem maior ligação com a educação, talvez, seja a que se refere aos sentidos, imaginação e pensamento. Nessa, inclui-se ser capaz de usar os sentidos, imaginar, pensar e raciocinar, fazer coisas de uma maneira informada e cultivada por uma educação adequada. Destaca-se que, tal educação dita adequada não pode ser de forma alguma limitada à alfabetização e treinamento básico matemático e científico. Significa oportunizar o desenvolvimento da capacidade ou habilidade de usar a imaginação e o pensamento em conexão com a experiência e produção de obras e eventos de sua própria

⁶ “**The Central Human Capabilities (Nussbaum 2000)** [...] 4. Senses, imagination, and thought. - Being able to use the senses, to imagine, think, and reason—and to do these things in a ‘truly human’ way, a way informed and cultivated by an adequate education, including, but by no means limited to, literacy and basic mathematical and scientific training. Being able to use imagination and thought in connection with experiencing and producing Works and events of one’s own choice, religious, literary, musical, and so forth. Being able to use one’s mind in ways protected by guarantees of freedom of expression. with respect to both political and artistic speech, and freedom of religious exercise. Being able to have pleasurable experiences and to avoid nonbeneficial pain.”

escolha, sejam eles religiosos, literários, musicais e assim por diante. É ser capaz de usar a mente de maneiras protegidas por garantias de liberdade de expressão. Com respeito à fala política e artística e a liberdade de exercício religioso. É ser capaz de ter experiências prazerosas e evitar a dor não benéfica.

Assim, há que se considerar, com maior ênfase, o fato de que as pessoas devem ser respeitadas em sua individualidade, o que pode se dar por meio da disposição em apoiar políticas públicas, também, no âmbito internacional, de apoio a formas de ajuda aos desfavorecidos. Essa ajuda poderá vir em forma de políticas educacionais que possibilitem o desenvolvimento das capacidades e habilidades das pessoas, que promovam a igualdade e possibilitem a mobilidade dentro da própria nação e a satisfação da vida.

3.1 MERCADO, TRABALHO E EDUCAÇÃO

A formação humana integral do indivíduo é capaz de assegurar-lhe dignidade, o que põe em relevo a discussão quanto ao direcionamento da prática escolar escolhida para reger a Educação Básica à mera profissionalização, com base em doutrinas liberais econômicas, tendo em vista a superação do problema da estratificação social.

Como forma de responder ao problema proposto, busca-se apresentar ideias conceituais de educação voltada à formação humana integral, para avaliar-se a pretensão de institucionalização da formação profissional como foco da educação básica. A formação pragmática, a ser trabalhada nos currículos escolares do Ensino Médio, também, por meio de uma ampliação da privatização do ensino, tende a caracterizar-se como uma agressão ao direito fundamental ao acesso a níveis elevados de ensino, especialmente a jovens das camadas populares.

Em escala global, os industriais explicitam em seus discursos a sua posição quanto à necessidade social da subordinação da escola às demandas produtivas, o que indica uma possível idealização por este setor da sociedade, com grande potencial de efetivação, de projetos nacionais de educação para a indústria e para a redução de gastos com educação crítica e descompromissada.

A escola deverá ser um local, de acordo com a proposta da Confederação Nacional da Indústria – CNI (2007), de estudo das novas tecnologias, o que tornará possível a formação de quadros com novos perfis profissionais, com maior escolaridade, em especial de nível médio, superior e tecnólogos, nas áreas de automação industrial (*Computer Aided Design / Computer Aided Manufacturing CAD/CAM*; Controlador Lógico Programável – CLP); sistema de manufatura integrada (*Computer Integrated Manufacturing – CIM*); Sistema Digital de Controle Distribuído – SDCD).

Consta no documento elaborado pela Confederação Nacional da Indústria – CNI (2007) que as bases para a formação condizente com as novas tecnologias devem considerar a modernização das escolas, novos conteúdos de formação, educação à distância, aprendizagem flexível, educação empreendedora, educação na empresa. Considera Mello (2012), que os padrões de gestão defendidos pela CNI têm alinhamento com o chamado “toyotismo”, pregando a qualidade total, a segurança no trabalho, a economia de tempo e de materiais, a gestão ambiental, a pesquisa e desenvolvimento (P&D). Além disso, há uma preocupação para que as empresas ofereçam treinamento e capacitação.

Propõe-se, assim, uma “educação para a nova indústria”, mediante expansão e diversificação da oferta de educação básica, continuada e profissional ajustada às necessidades atuais e futuras da indústria; modernização, otimização e adequação da infraestrutura física de escolas e laboratórios; flexibilização no formato e nas metodologias

de atendimento às demandas educacionais da indústria; capacitação de docentes, técnicos e gestores em tecnologias e gestão dos processos educacionais.

A chamada teoria do capital humano, na sociedade do conhecimento, é o argumento utilizado pela Confederação Nacional da Indústria, que define o conceito de “capital humano nas organizações” como o principal ativo das empresas. Refere-se ao “capital humano” (CNI, 2007) como sendo um “[...] conjunto de habilidades que as pessoas detêm, adquiridas por meio de processos educativos, treinamento ou da experiência.” O foco da educação, de acordo com o documento elaborado pela CNI, são as chamadas “competências básicas”, que possibilitam ao trabalhador continuar aprendendo durante a vida. Para ter sucesso, portanto, a pessoa fica na dependência de ser inserida no mercado de trabalho e a partir daí buscar o aperfeiçoamento necessário a exercer suas atividades laborais e criativas.

A oportunidade da indústria de qualificar o máximo de trabalhadores possível é condizente com a chamada “janela de oportunidade demográfica” que se visualiza no Brasil nas próximas décadas. De acordo com Mello (2012), até próximo ao ano de 2055 há no país uma quantidade maior de pessoas em idade ativa (PIA) em relação aos beneficiários sociais, tais como crianças, jovens e idosos aposentados. Isso possibilitará ao Brasil, nos próximos anos, um nível de acumulação de “capital humano” ímpar na história do país, lembrando que, de acordo com a teoria do capital humano, a força de trabalho torna-se, por meio da educação, mais experiente, qualificada e com melhores índices de produtividade.

Há, portanto, um projeto nacional de educação para a indústria, construído pelos empresários e, nas palavras de Mello (2012) “[...] voltado para a manutenção da ordem social e para o fim das lutas entre capital e trabalho.” Logo, não resta alternativa aos trabalhadores, se não

souberem como situar-se perante tal projeto, a não ser a ele adaptar-se. A possibilidade de uma compreensão dos fundamentos do projeto do empresariado para o Brasil facilitará uma tomada de posição crítica a ele, possibilitando, também, construir outro projeto de sociedade.

As forças políticas há muito tempo justificam uma reforma na educação básica, utilizando-se, também, de parcerias público-privadas, pela necessidade de ampliar-se a eficiência da gestão escolar e do trabalho docente; pela possibilidade de reforçar estratégias de ensino e aprendizagem para que os alunos possam elevar seus níveis de desenvolvimento educacional, especialmente, no tocante à Língua Portuguesa e a Matemática, e, preparar o indivíduo para os desafios e adversidades da vida, tornando-o apto para o mercado de trabalho, entre outros. Isso colocado em prática implicará perda de autonomia das escolas e professores sobre o trabalho político-pedagógico e tornará a gestão pouco democrática.

Comparando o estágio atual de desenvolvimento dos direitos humanos no Brasil com o vivenciado quando da reforma do ensino promovida pela Lei 5.692 de 11 de agosto de 1971, pode-se afirmar que houve sensível avanço. Conta Romanelli (2014, p. 270) que o objetivo do Estado era criar um mecanismo de profissionalização para promover o capitalismo. Para isso, conclui a autora que o ensino de 1º grau (semiprofissionalizante) atendia melhor aos interesses das empresas. Já o ensino profissionalizante de 2º grau contrariava em parte esses interesses, funcionando mais como parte da política de desvio da demanda da universidade proposta pelo Estado.

No Brasil contemporâneo, a chamada “reforma” do Ensino Médio operada pela Lei n. 13.415/2017 impõe uma Base Nacional Comum Curricular (BNCC)⁷ e seus de temas transversais, que se constituem

⁷ A Base Nacional Comum Curricular (BNCC) é um documento de caráter normativo que define o conjunto orgânico e progressivo de aprendizagens essenciais que todos os alunos devem desenvolver

no assim denominado “fatiamento” do currículo dos estudantes do Ensino Médio, por meio da definição de itinerários formativos não necessariamente passíveis de opção pelos aprendentes.

Contudo, não se pode negar que a defesa da inserção de jovens no mercado de trabalho é um elemento adicional na formação escolar. Khan (2000-2001, p. 382) afirma que não basta assegurar o desenvolvimento físico, moral, intelectual e espiritual de cada criança e aponta dois problemas nisso: primeiro, ao não se reconhecer o valor do trabalho físico nos anos formativos da criança, tacitamente, abraça-se o conceito de criança burguesa – uma criança criada no lazer, que busca o intelecto sem qualquer experiência significativa de trabalho manual, o que perpetuaria velhas dualidades entre trabalho e lazer, trabalho e intelecto.

Em segundo lugar, as forças do mercado obrigariam, inevitavelmente, alguns membros da sociedade a fazerem trabalho manual. Sustenta o autor que a promessa de tecnologia não pode garantir a extinção do mercado manual. Propõe que uma nova lei positiva deve descartar o preconceito precoce contra o trabalho físico e reconhecer

ao longo das etapas e modalidades da Educação Básica. Segue um breve histórico de sua formação, apresentada no sítio <www.basenacionalcomum.mec.gov.br>. Acesso em: 19 jun. 2017: “**1988** – É promulgada em nossa Constituição Federal. A criação de uma Base Nacional Comum Curricular, com a fixação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental, é prevista no artigo 210. **1996** – A LDB da Educação Básica é aprovada e reforça a necessidade de uma base nacional comum. **1997 até 2000** – A partir das diretrizes curriculares (DCNS) e dos Parâmetros Curriculares Nacionais (PNCs) foram apresentados aos educadores, colocando em destaque alguns aspectos fundamentais de cada disciplina. **2010** – Conferência Nacional da Educação (CONAE), no ano de 2010 especialistas discutiram a Educação Básica e salientaram a necessidade da BNC como parte do Plano Nacional da Educação. **2010 a 2012** – Novas diretrizes curriculares nacionais, orientadas para o planejamento curricular das escolas e sistemas de ensino, as resoluções valem para a educação infantil e os ensinos fundamental e médio. **2014** – Plano Nacional de Educação (PNE), a lei 13.005, de 2014 institui o PNE com vigência de 10 anos. São 20 metas para melhorar a qualidade da Educação Básica sendo que quatro delas tratam da Base Nacional Comum Curricular. **2015** – Elaboração da Base Nacional Comum Curricular (BNCC), em 2015 ocorre 1º Seminário Interinstitucional para a elaboração da base. A portaria 592, instituiu uma comissão de especialistas para a elaboração de proposta BNCC. **2016** – Base no papel – em março de 2016, a 1ª versão do documento. Em junho seminários com professores, gestores e especialistas para a discussão da 2ª versão. Em agosto a 3ª versão. **2017** – Nas mãos do conselho – em abril de 2017 o MEC entrega a versão final da Base Nacional Comum Curricular (BNCC), ao Conselho Nacional da Educação (CNE), a partir da homologação da BNCC, começa o processo de formação de professores e o apoio ao sistema de educação estaduais e municipais para adequação dos currículos escolares.”

afirmativamente a dignidade inerente ao trabalho. Além disso, sustenta que uma ética do trabalho manual deve ser universalizada e incorporada ao ensino primário e secundário, de modo que a criança comece a respeitar o trabalho manual em seus anos formativos, ao argumento de que as mãos são tão sábias quanto os livros.

Ao sustentar que não se deve apoiar a educação pautada no conceito de criança burguesa, o autor argumenta que não há como resistir às forças do mercado. Logo, deve-se adotar postura condizente com a realidade e deixar que jovens e crianças trabalhem ou possam aprender o exercício de uma profissão manual, pois é isso que farão o resto de suas vidas. Tal posição, contudo, não é imune a críticas, pois encontra sustentação na premissa da estratificação social.

Por outro lado, o foco na formação profissional pode implicar obstáculo adicional ao ingresso no Ensino Superior pelos estudantes das escolas públicas e, assim, representar uma afronta ao princípio da igualdade material. Ainda, a não obrigatoriedade do oferecimento pelas escolas de todas as áreas de conhecimento ou de atuação profissional (o que se pode extrair do parágrafo 1º do art. 36 da Lei de diretrizes e bases da educação – LDB – Lei n. 9.394/1996),⁸ afronta o direito ao acesso pleno ao direito social à educação (art. 6º, CRFB), pois dificulta ainda mais a paridade de acesso a esse direito fundamental.

Adotando-se uma política mercadológica, a Base Nacional Comum Curricular (BNCC), construída a partir da nova Lei do Ensino Médio (Lei n. 13.415/2017), tende a ficar limitada, em função

⁸ Art. 4º da Lei n. 13.415/2017: “O art. 36 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações: ‘Art. 36. O currículo do ensino médio será composto pela Base Nacional Comum Curricular e por itinerários formativos, que deverão ser organizados por meio da oferta de diferentes arranjos curriculares, conforme a relevância para o contexto local e a possibilidade dos sistemas de ensino, a saber: I - linguagens e suas tecnologias; II - matemática e suas tecnologias; III - ciências da natureza e suas tecnologias; IV - ciências humanas e sociais aplicadas; V - formação técnica e profissional. § 1º A organização das áreas de que trata o caput e das respectivas competências e habilidades será feita de acordo com critérios estabelecidos em cada sistema de ensino.”

dos chamados “itinerários formativos”,⁹ que promovem o chamado “fatiamento” dos componentes curriculares, com foco na formação para o mercado. Isso é o que se pode chamar de política do Estado tendente a realizar o chamado desvio da demanda da universidade de estudantes de escolas públicas, especialmente os de baixa renda. A escola pública, obviamente, oferecerá, na maioria das vezes, o mínimo das possibilidades curriculares, se não houver uma obrigatoriedade do oferecimento de todos os itinerários formativos, cujo compromisso não foi assumido pelos elaboradores da política educacional. De outro lado, a formação completa será possível, em regra, para os poucos que podem efetivamente optar por um ensino que cumpra todos os requisitos de qualidade e respeite a autodeterminação dos estudantes secundários.

Outro elemento não condizente com uma instrução adequada é o exercício do monitoramento dos personagens por critérios puramente meritocráticos e punitivos, no âmbito da educação básica. Isso revela uma perspectiva autoritária de eficiência e desenvolvimento humano, com vistas a atingir, tão-somente, um pré-determinado resultado, qual seja, socorrer a falta de qualificação profissional no contexto de potencialização do “capital humano”. Tal técnica, se aplicada ao ensino e aprendizagem, demonstra a tentativa de simplificação da formação humana no processo de escolarização.

⁹ No parecer da Procuradoria Geral da República, da lavra do Procurador Geral Rodrigo Janot, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.599, apontou-se a fragilidade do que vem se chamando de “itinerários formativos”, presente na nova Lei do Ensino Médio (Lei n. 13.415/2017). Para o Ministério Público Federal (BRASIL, 2016, p. 27): “[...] ao criar itinerários formativos específicos (Linguagens, Matemática, Ciências da Natureza, Ciências Humanas e Formação Técnica e Profissional) sem medidas de correção das desigualdades de origem e prevenção ao risco de reforço delas a MP 746/2016, contribui para violar o objetivo fundamental da redução das desigualdades regionais, o princípio da igualdade e o direito fundamental à educação – já previstos na LDBEN e na Constituição Federal. Isso ocorre porque a escolha desses itinerários não será livre, como utopicamente se apresenta na proposta. Será influenciada não apenas pelos efeitos da desigualdade de origem (raça, gênero, etnia e estrato de classe, por exemplo), como também pelas desigualdades nas opções de itinerários disponíveis nas escolas.”

Assim, pode-se, a título de indício, identificar o andamento de um “projeto nacional de educação para a indústria”, possivelmente idealizado pelo setor empresarial, seja com intuito de superar o conflito ideológico, seja com intuito de obter superávits mercadológicos, utilizando-se dos jovens provenientes dos baixos extratos sociais, com a justificativa de dar-lhes melhores condições para uma vida digna.

Como consequência, uma ou mais gerações de estudantes teriam privadas muitas das suas alternativas de autodeterminação para escolher seu futuro, preparando-se de forma mais flexível e ampla, não tão direcionada a uma formação exclusiva ou preferencial para o trabalho, notadamente, em atividades subalternas ou acessórias, restando pouca ou nenhuma possibilidade de ascensão social, porque previamente dirigidos (ou “condenados”) a estudar aquilo que lhes estiver disponível.

Reitera-se, portanto, que a educação, como direito fundamental universal, deve ir além da mera proficiência em matemática, linguagem ou ciências, da garantia de uma educação básica comum e do direcionamento de estudantes para áreas específicas ligadas ao interesse do capital regional, para propiciar uma formação humana integral, que capacite o indivíduo a entender os fatos e colocar-se diante deles de forma crítica.

4 CONCLUSÃO

Há uma violação à dignidade da pessoa humana ao revelar-se a negação do acesso a uma formação intelectual integral e focar-se, apenas, na formação do aluno para o mercado do trabalho, sem que sejam reconhecidas as diversidades (de classe, étnico-racial, territorial, geracional, sexual, de identidade de gênero etc.), num contexto em que o protagonista é a pessoa em desenvolvimento. Logo, a negação a formação humana integral não é condizente com os princípios de liberdade e

igualdade, a menos que a liberdade seja considerada garantia para apenas parte das pessoas, a depender da posição social ocupada.

Aceitar uma formação profissionalizante das camadas sociais mais baixas, voltada à ocupação de postos de trabalho em atividades de remuneração mediana ou baixa, significa aceitar uma vida sem perspectiva de acesso às funções ou profissões mais bem reconhecidas em termos remuneratórios ou de status social agregado, implodindo-lhes eventual projeto de vida bem-sucedida, tão legítimo numa sociedade que prega o mérito.

Para que a educação permita acesso aos bens primários, entre os quais a autoestima, deve-se garantir que o indivíduo possa apropriar-se da cultura de sua sociedade e de toda a produção cultural humana, reforçando o valor de cada pessoa, o que somente é factível por meio do acesso igualitário ao direito social à educação, que possibilite a convivência na diferença com objetivo de atingir-se o desenvolvimento equitativo dos aprendentes. O efeito da primeira parte do segundo princípio rawlsiano, da igualdade equitativa de oportunidades, impõe a toda a sociedade oportunizar iguais condições de educação para os seus membros.

Se o papel da educação é possibilitar ao indivíduo uma ação refletida pelos princípios de justiça, somente possíveis de serem aceitos por pessoas livres, racionais e iguais, o foco das políticas educacionais deve ser a extensão de oportunidades básicas para todos. Logo, a preocupação está nas capacidades ou habilidades que devem ser propiciadas, também, aos desfavorecidos e excluídos, no sentido de alcançar a sonhada liberdade.

Inspirados no ideal nussbaumiano de “respeito igual pelas pessoas”, demonstrado quando afirma que devem ser removidas as características estruturais do sistema mundial para o fim de promover as capacidades humanas para toda e qualquer pessoa, conclui-se que o melhor caminho é a garantia do direito social à educação voltado à participação na definição dos princípios básicos que regem as sociedades.

Para tanto, as políticas educacionais devem buscar desenvolver nos aprendentes as capacidades ou habilidades (*capabilities*), principalmente as operadas pelos sentidos, imaginação e pensamento.

O foco das políticas educacionais é, portanto, a extensão de oportunidades básicas para todos o que vai de encontro à opção de tratar certos temas humanos relevantes como meramente instrumentais. A preocupação com o pleno desenvolvimento das capacidades ou habilidades de toda e qualquer pessoa pode servir como argumento contrário à visão utilitária do direito social à educação, que vê a efetivação desse direito como mero instrumento da busca pela riqueza econômica e de controle social.

A partir do acesso à educação básica que possibilite o desenvolvimento das capacidades ou habilidades individuais, o indivíduo poderá ter uma ação refletida pelos princípios de justiça, apenas assimiláveis por pessoas racionais, livres e iguais. O ideal de assegurar-se o tratamento da pessoa como fim em si mostra-se incompatível com a formulação de políticas públicas educacionais voltadas ao interesse do mercado, que visam atingir determinados fins pretensamente coletivos.

Ao contrário do que se prega para que a política seja aceita pela população em geral, tais medidas implicam restrição das oportunidades de ascensão social pelo direcionamento do ensino a modalidades pré-determinadas de formação profissional. Logo, o excessivo direcionamento operado pela nova lei do Ensino Médio (Lei n. 13.415/2017) inibe as potencialidades do estudante.

A partir dessa premissa, a Educação Básica voltada ao ensino profissionalizante, no contexto da introdução de itinerários formativos, pode implicar violações ao princípio da igualdade material ao restringir as oportunidades de ascensão social. Como princípio de inclusão e política de Estado, o direito social à educação atenderá ao pleno desenvolvimento da pessoa e ao acesso aos níveis mais elevados de ensino e, assim, possui

dentre seus requisitos a formação humana integral e a indefinição profissional na pré-idade adulta.

REFERÊNCIAS

AGUDO, Viviana Raquel Cascalheira. *A transição para idade adulta e seus marcos: que efeito na sintomatologia depressiva?* Universidade de Lisboa, 2008. Disponível em: <http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/3086/2/ulfp037654_tm_tese.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BARRAYCOA, Javier. *Sobre el poder en la modernidade y la posmodernidad*. Barcelona: Ensaïos Socials, 2002.

BRASIL. Lei n. 13.415, de 16 de fevereiro 2017. Altera as Leis n^{os} 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e 11.494, de 20 de junho 2007, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, [...] em Tempo Integral. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 fev. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13415.htm>. Acesso em: 21 maio 2017.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL NA INDÚSTRIA. *Educação para a nova indústria: uma ação para o desenvolvimento sustentável do Brasil*. Brasília, DF: CNI, 2007.

FREEMAN, Samuel. *Rawls*. London: Taylor & Francis e-Library, 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. Tradução de: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*.

KHAN, Ali. The Dignity of Labor. *Columbia Human Rights Law Review*, 32 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 289, p. 289-238, [entre 2000 e 2001]. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/colhr32&div=13&start_page=289&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em: 09 ago. 2017.

MELLO, Alessandro de. A educação básica na proposta da Confederação Nacional da Indústria nos anos 2000. *Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 38, n. 1, p. 29-45, 2012. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=29821428003>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

MONTEIRO, Agostinho Reis. O pão do direito à educação. *Educação & Sociedade. Revista de Ciência da Educação*, Campinas, v. 24, n. 84, set. 2003.

MOREIRA, Orlando Rochadel. *Políticas públicas e direito à educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MULINARI, Filício. Considerações sobre a Pedagogia de Kant: uma Educação para a Autonomia. *Revista Helius*, ano 1, n. 1, p. 95-114, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.uvanet.br/helius/index.php/helius/article/view/36>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NUSSBAUM, Martha C. Women's Education: a Global Challenge. *Journal of Women in Culture and Society*, University of Chicago, v. 29 (Signs 29), n. 2, p. 325-355, 2003. Disponível em: <[http://faculty.smcm.edu/jwschroeder/GlobalJustice2014/texts_files/Womens%20Education_A%20Global%20Challenge\(2003\).pdf](http://faculty.smcm.edu/jwschroeder/GlobalJustice2014/texts_files/Womens%20Education_A%20Global%20Challenge(2003).pdf)>. Acesso em: 09 jul. 2017.

PORTANOVA, Rogério. Direitos humanos em perspectiva. *Revista Sequência*, n. 53, p. 129-144, 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15096>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pissetta e Lenira M. R. Esteves. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

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. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufop.br/pp/index.php/fundamento/article/view/26>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

ROMANELLI, Otaíza de Oliveira. *História da Educação no Brasil: (1930/1973)*. Prefácio do prof. Francisco Iglésias. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Leituras Complementares de Processo Civil. JusPodivm*, 2006.

SILVA, Rogério Luiz Nery da; HAHN, Paulo; TRAMONTINA, Robison. Educação: direito fundamental universal. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 211-232, jul./dez. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.599. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgamento em 20 abr. 2017. *Diário de Justiça eletrônico*, 24 abr. 2017.

OS PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Ivanir Alves Dias Parizotto¹

I INTRODUÇÃO

O presente artigo visa demonstrar a importância dos princípios relativos ao Direito Previdenciário para a Ciência do Direito e para o sistema jurídico brasileiro. O estudo discorre sobre seguridade social compreendida como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social.

É relevante discutir a Seguridade Social, especialmente num país com índices elevados de privações em algumas regiões, paulatino crescimento da população de idosos, além do deplorável índice de acidentes de trabalho e de mortes em acidentes de veículos, que sobrepesam as despesas com saúde pública e previdência social.

Apresenta-se aqui como tais princípios constituem o alicerce do ordenamento jurídico do Brasil, protegem os direitos que emanam destes princípios, auxiliam na efetividade da justiça e, finalmente, servem como elemento integrador do Direito e de suas fontes supletivas. O objetivo, além de apresentar e conceituar a finalidade e princípios constitucionais da Seguridade Social, é demonstrar por quais benefícios sociais criados

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada.

pela legislação infraconstitucional as metas estão sendo atingidas, ou, pelo menos, empreendidas. Para isso, fez-se criterioso levantamento bibliográfico na literatura científica, a partir da compilação de trabalhos publicados em revistas, livros especializados.

O método utilizado foi quantitativo descritivo, para o qual se utilizou também do método de abordagem dedutivo emanado de uma premissa geral para uma premissa específica, a fim de analisar os princípios constitucionais que norteiam a Seguridade Social.

2 SEGURIDADE SOCIAL

O conceito de seguridade social é participado pelo próprio texto constitucional. A Constituição da República a conceitua como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (art. 194). Verifica-se, portanto, que, pela definição constitucional, a seguridade social compreende o direito à saúde, à assistência social e à previdência social, cada qual com disciplina constitucional e infraconstitucional específica.

Ao referir-se à seguridade Martins (2002, p. 43) assegura que:

[...] a ideia essencial de Seguridade Social é dar aos indivíduos e as suas famílias tranquilidade no sentido de que, na ocorrência de uma contingência (invalidez, morte etc.), a qualidade de vida não seja significativamente diminuída, proporcionando meios para a manutenção das necessidades básicas dessas pessoas. Logo, a Seguridade Social deve garantir os meios de subsistência básicos do indivíduo, não só mas principalmente para o futuro, inclusive para o presente, independentemente de contribuições para tanto. Verifica-se, assim, que é uma forma de distribuição de renda aos mais necessitados, que não tenham condições de manter a própria subsistência.

Balera (2008, p. 32) define seguridade social como o conjunto de meios (racionalidade formal) utilizados pela sociedade para atingir a proteção social plena (racionalidade material).

Para Silva (2008, p. 759), a Seguridade Social constitui instrumento mais eficiente da liberação das necessidades sociais, para garantir o bem-estar material, moral e espiritual de todos os indivíduos da população.

Por outro lado, orienta Horvath Júnior que, qualquer que seja a posição que se adota em relação ao conceito da Seguridade Social, deve-se sempre entendê-lo como fenômeno social fundamental, como fundamental é a própria evolução das sociedades.

Já, Martinez (2015, p. 358) assegura que:

A seguridade social é técnica de proteção social, custeada solidariamente por toda a sociedade segundo o potencial de cada um, propiciando universalmente a todos o bem-estar das ações de saúde e dos serviços assistenciais em nível mutável, conforme a realidade socioeconômica, e os das prestações previdenciárias, estas últimas em função das necessidades e não da capacidade dos destinatários.

Assegura Strapazzon (2016, p. 1) que “no Brasil, o direito humano de segurança social é, praticamente, invisível. Quando aparece, assume a conotação de seguridade social. Contudo, a utilização imprecisa desse termo capturado da língua espanhola gera enorme confusão sobre a efetiva existência desse direito.”

O autor, ao discutir a matéria sobre o Direito Humano Fundamental de Segurança Social, salienta que:

Políticas sociais podem aumentar ou diminuir a igualdade□ podem, também, aumentar ou diminuir a segurança das pessoas. Política social não é só, e exclusivamente, um meio de aumentar a igualdade ou a proteção social. Contudo, o direito à segurança social, tal como estabelecido no direito constitucional do Brasil, não deixa dúvidas: os direitos fundamentais (entre os quais, os direitos sociais) são assim chamados porque são meios fundamentais de realização dos objetivos do Estado Democrático brasileiro

instituído em 1988. E dentre os objetivos desse projeto político está a redução das desigualdades sociais e regionais. Logo, não pode haver dúvida quanto à função das políticas sociais no Brasil, nem da inconstitucionalidade de políticas sociais discriminatórias, estigmatizantes, ou que aumentam as desigualdades sociais ou regionais. (STRAPAZZON, 2016, p. 1).

Os complexos de segurança social representam uma das mais poderosas Instituições de solidariedade social. A sua efetivação como direito humano e contribuição de assistência social e proteção possibilita estender sua cobertura por meio da ativação do dever da sociedade civil e dos parceiros sociais. Ou seja, a probabilidade é que aconteça em sociedades fundamentadas na regra da lei, em que a cultura do direito e dos serviços jurídicos ocorre. E os mecanismos de solução de conflitos se prolongam muito.

Um tratamento dos direitos de segurança social com fundamento possibilita que a pessoa se proteja mesmo contra os riscos sociais. A difusão da “consciência de direitos” nas comunidades estimularia a mobilização da população contra diversas maneiras de discriminação e divisão. Além disso auxiliaria na criação de uma espécie de “consenso social” almejando a segurança social para todos. A ampliação das capacidades dos beneficiários é um dos princípios fundamentais da promoção do acesso aos direitos sociais. Por exemplo, uma abordagem que inclui o desenvolvimento de ações de negócios na iminência de desemprego ou para o fortalecimento do capital. Isso favorece o aparecimento de redes.

Por conseguinte, todo cidadão que vive no território nacional, de alguma forma, está sob a égide da seguridade social, pois ela é direito social, cujo atributo principal é a universalidade. Além disso, estabelece que todos tenham direito a alguma forma de proteção, independentemente de sua condição socioeconômica. Assim, a seguridade social garante os mínimos necessários à sobrevivência. É mecanismo de bem-estar e de justiça social e atenuante das desigualdades sociais manifestas quando,

por qualquer motivação, a situação financeira do indivíduo e de sua família não é satisfatória.

O direito subjetivo às contribuições de seguridade social depende do preenchimento de exigências específicas. Para estar apto ao direito subjetivo de proteção da previdência social, é necessário ser segurado, isto é, contribuir para o custeio do sistema. Mas o direito subjetivo à saúde é de todos e independe de contribuição para o custeio.

Indubitavelmente, atendendo aos princípios constitucionais ligados à Seguridade Social, as organizações de saúde, previdência social e assistência social devem almejar o atendimento dos princípios da universalidade de acesso, da uniformidade do atendimento e da seletividade e distributividade dos benefícios e serviços, a fim de possibilitar o acesso assegurado pelo Estado e sujeito à necessidade do cidadão. Estes são os alicerces constatados para a garantia dos direitos de proteção social. E, nesse cenário, o percurso atual destas políticas se diferencia das heranças histórias marcadas. De um lado pela fusão entre trabalho assalariado, contribuição social e seguro social; de outro, pela ligação entre assistência, caridade e filantropia. Não obstante, os desafios que se manifestam para a solidificação deste sistema são consideráveis. Combatê-los é uma premissa do movimento de afirmação da cidadania e da edificação de uma sociedade mais justa e igualitária.

3 ORGANIZAÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL

Sobre o sistema de proteção social o artigo 194 da Carta Magna prevê que: “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

Novo padrão de proteção social para Brasil é instaurado pela Constituição Federal de 1988. Dessa forma, o nosso sistema de seguridade social abrange ainda a assistência privada. Referente à evolução, a seguridade social passou por quatro fases: assistência privada, assistência pública, seguro social (previdência social) e seguridade social. No entanto não revela que, a cada nova fase, fica suprimida a fase ou fases anteriores. De maneira oposta, o processo ocorreu de maneira cumulativa, visto que a seguridade social agrupa a assistência privada e pública, o seguro social e a saúde.

Fleury (2005, p. 453) assevera, a partir da Constituição Federal de 1988:

Este novo modelo foi expresso nos princípios organizadores da seguridade social: universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios e serviços; equidade na forma de participação do custeio; diversidade da base de financiamento; e gestão quadripartite, democrática e descentralizada, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo em órgãos colegiados. Além disso, introduziu a noção de uma renda de sobrevivência, de caráter nãocontributivo, ao assegurar um benefício financeiro de prestação continuada para idosos e deficientes incapazes de trabalhar.

Neste quadro, a Seguridade Social é constituída por uma tríade de grandes sistemas: de proteção social (bem identificado e exclusivo na saúde), assistência social e previdência social.

Assim se posiciona Fleury (2005, p. 455) ao comentar sobre o tema:

A originalidade da seguridade social brasileira está dada em seu forte componente de reforma do Estado, ao redesenhar as relações entre os entes federativos e ao instituir formas concretas de participação e controle sociais, com mecanismos de articulação e pactação entre os três níveis de governo.

São segmentados, quanto à forma de financiamento, em sistemas contributivos e não contributivos. No sistema contributivo o segurado contribui diretamente, na expectativa de obter benefício no futuro. Já o sistema não contributivo não exige do beneficiário uma contribuição direta. Seus recursos são oriundos da arrecadação direta de tributos pelos organismos estatais que, posteriormente, contemplarão o orçamento anual com os recursos destinados para cada setor.

Indubitavelmente, a partir das noções evidenciadas, a Previdência Social se estrutura como um sistema contributivo, como expressamente determina o artigo 201 do texto constitucional. Já a Saúde e a Assistência Social se organizam na forma de sistemas não contributivos.

Cada um desses sistemas teve, quanto à estrutura, sua organização definida em leis reguladoras próprias. Pode-se assegurar que há certa identidade na organização, porquanto todos são constituídos por Conselhos nas três esferas administrativas: Conselho Federal, Conselhos Estaduais e Conselhos Municipais. É de responsabilidade dos Conselhos Federais as diretrizes das ações a serem efetivadas na conquista dos objetivos constitucionais.

Destarte a Seguridade Social encerra um conceito absoluto, extensivo, global. Além disso, é disponibilizada a todos, contanto que haja previsão legal para a cobertura da contingência. Efetivamente é a categoria da qual são espécies a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde. Resumidamente, a Previdência Social engloba o amparo de riscos resultantes de doença, velhice, invalidez, desemprego, morte e assistência à maternidade mediante contribuição, com concessão de aposentadorias, pensões etc. O papel da Assistência Social é o atendimento aos dependentes, concedendo pequenos benefícios a cidadãos não-contribuintes do sistema. A pretensão da Saúde é disponibilizar uma política social e econômica visando reduzir ameaças de doença e outros agravos. Ainda promover ações e serviços para amparo e reabilitação da pessoa.

4 FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL

Consoante conjecturado no texto constitucional, os objetivos da seguridade social visam à implantação de políticas públicas, estabelecidas para o atendimento nas áreas de saúde pública, assistência social e previdência social.

Constituída sob a forma de um sistema contributivo e de filiação obrigatória, a Previdência Social confere benefícios visando à cobertura dos riscos: doença, invalidez, morte, idade avançada, proteção à maternidade e à família.

O acesso aos serviços de saúde pública - entenda-se o direito à vacinação, medicamentos de alto custo e uso prolongado, consultas, internações e procedimentos hospitalares, bem como a prevenção de doenças - são assegurados gratuitamente pelas políticas de saúde pública a toda população brasileira.

Já as políticas de assistência social, nos termos do artigo 202 do texto constitucional, destinam-se a assistir, gratuitamente, a população desfavorecida, por meio de programas e ações de proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice. Além disso promover integração ao trabalho, habilitação, reabilitação e integração na vida social de pessoas portadoras de necessidades especiais.

São princípios constitucionais basilares do direito previdenciário aqueles que estão elencados no artigo 194 da Constituição Federal de 1988:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:
I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
 III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
 IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
 V - equidade na forma de participação no custeio;
 VI - diversidade da base de financiamento;
 VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados. (BRASIL, 1988).

Faz-se necessário aqui conceituar princípio. Princípio apresenta uma concepção de universalidade. Está associado às proposições ou verdades fundamentais por meio das quais se estudam as ciências ou artes. Princípio ainda está agregado às normas fundamentais que regem o pensamento e a conduta.

Para Martinez (2015, p. 71), “princípio é preceito, regra elementar – elementar comparando no sentido de profundidade e não de superficialidade – requisito primordial do Direito, alicerce.”

Alexy (2017, p. 87) destaca que “Princípios são, tanto quanto as regras, razões para Juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.”

Alexy (2017, p. 87) realça também que “ tanto as regras quanto os princípios são normas, porque ambos encerram um dever ser e podem ser formulados por meio de expressões deônticas do dever, da permissão e da proibição.”

Os princípios, segundo Ávila (2012, p. 78), foram assim conceituados:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Já para Alexy (2017, p. 85), ao comentar sobre a distinção estrutural entre regras e princípios, sustenta que:

Esta distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestação em sentido estrito. Com a sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser bem mais esclarecidos. A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

No âmbito do ordenamento jurídico, os princípios são normas de notável distinção, uma vez que estipulam os fundamentos normativos a serem empregados na apreciação e aplicação do direito ao caso concreto. Deles emanam, direta ou indiretamente, normas de comportamento.

Destarte os princípios são considerados o suporte de toda a ciência jurídica. É deles que se retira a sustentação para integralizar e, inclusive, atribuir sentido para o sistema normativo. Compõem-se como o elemento essencial para a compreensão e valoração de proposições normativas, principalmente jurídicas. Além disso na aplicação do preceito jurídico (dever ser). Ainda detêm natureza interpretativa e organizadora, visto que concedem legitimidade e coerência aos elementos normativos os quais movem e doutrinam o ordenamento jurídico. Os princípios são apontados como referência inicial e organizadora de todo o sistema jurídico.

4.1 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL

O princípio da solidariedade está inserido no art. 3º, I, e art. 195, caput da CF/88 e é considerado um dos objetivos fundamentais da Carta Magna. Trata-se da base de sustentação do Regime Previdenciário.

Tal princípio tem origem na Assistência Social, onde as pessoas se uniam para ajudar os necessitados.

O sistema de saúde pública pressupõe a solidariedade como orientação básica, em contraposição à ideia de capitalização (como acontece na previdência complementar, em que cada um contribui para seu próprio benefício). Este princípio consiste no fato de toda a sociedade, indistintamente, contribuir para a Seguridade Social, independentemente de se beneficiar de todos os serviços disponibilizados. Isto é, o Estado e toda a sociedade, ao se consumir produtos e serviços, participam do financiamento da seguridade social, direta ou indiretamente, assegurando que os desfavorecidos não fiquem à mercê da própria sorte quando diante de determinadas dificuldades na vida.

Para Martinez (2015, p. 75):

A referência a solidariedade, objetivando justiça social é genérica, razão pela qual referiu-se dominar o preceito aqui contido como princípio constitucional do solidarismo social, distinguindo-se do princípio fundamental da solidariedade social, dele parte integrante pertinente ao seguro social. O solidarismo social compreende a solidariedade de num sentido mais amplo, ultrapassando o da Previdência Social, abarcando todas as técnicas de proteção social.

É indubitável que a solidariedade, embora não expressa como objetivo da seguridade social, é princípio fundamental, do qual decorre o próprio sistema da seguridade social. Os benefícios são distribuídos de acordo com a necessidade pessoal e da previsão legal. A solidariedade faz-se evidente quando se refere aos benefícios da assistência social, já que os serviços são destinados principalmente para a população de baixa renda.

No tocante à saúde, ainda que seja um direito universal, na prática, contata-se que uma parcela da sociedade dispõe de sistemas privados, evidenciando-se os planos de saúde ou assumindo pessoalmente os custos dos atendimentos. Com esta opção, não significa a renúncia ao direito constitucionalmente assegurado.

Porque é um sistema que determina a contribuição direta do segurado para a consecução de um benefício porvir, na Previdência Social, a solidariedade se manifestará de forma diversa. Aqui a solidariedade se caracteriza pelo financiamento de gerações. Uma geração ativa, ao contribuir para a previdência social, está custeando as gerações passadas as quais estão inativas. Futuramente, esta geração terá os seus benefícios garantidos pelos sucessores. Assim continuamente.

Verifica-se, portanto, a relevância da solidariedade social no financiamento da seguridade social. Ademais, a seguridade social é universal, no sentido de resguardar a todos dos danos selecionados pelo legislador, exigindo a participação de todos no seu custeio, entre trabalhadores, patrões e governo – dentro das suas respectivas capacidades de financiamento. Isso é solidariedade, cujo objetivo não é só da seguridade, mas do país para a construção de uma sociedade mais justa.

Como forma de conclusão, Martins (1976, p. 76) assim se manifesta:

A solidariedade pode se considerada um postulado fundamental do Direito da Seguridade Social, previsto implicitamente inclusive na Constituição. Sua origem é encontrada na assistência social, em que as pessoas faziam uma assistência mútua para alguma finalidade e também com base no mutualismo, de se fazer um empréstimo ao necessitado. É uma característica humana, que se verifica no decorrer dos séculos, em que havia uma ajuda genérica ao próximo, ao necessitado.

[...]

Ocorre solidariedade na Seguridade Social quando várias pessoas economizam em conjunto para assegurar benefícios quando as pessoas do grupo necessitarem. As contingências são distribuídas igualmente a todas as pessoas do grupo. Quando uma pessoa é atingida pela contingência, todas as outras continuam contribuindo para a cobertura do benefício do necessitado.

[...]

No decorrer da história da Seguridade Social no Brasil, nota-se que os trabalhadores urbanos contribuem para financiar os rurais, que não pagam contribuição para o sistema. Na Assistência Social, o que ocorre é justamente a solidariedade de todos em benefício dos necessitados, pois, na renda mensal vitalícia, o beneficiário recebe a prestação sem nunca ter contribuído para o Sistema.

Ante o exposto nota-se o quão importante é o princípio da solidariedade, pois ele é essencial para a organização da proteção social.

4.2 PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DA COBERTURA DO ATENDIMENTO

A Constituição Federal, em seu artigo 194, parágrafo único, determina que incumbe ao Poder Público, nos termos da lei, organizar o sistema da seguridade social, fixando, para tanto, uma série de objetivos que configuram os verdadeiros princípios norteadores desse sistema. Dentre tais princípios avulta o da universalidade da cobertura e do atendimento, que, embora informe a seguridade social em suas três vertentes, abrangendo previdência social, assistência social e saúde, apresenta diferentes gradações na forma com que é aplicado em cada uma delas.

O princípio da universalidade da cobertura do atendimento compreende promover indistintamente o acesso ao maior número possível de benefícios, na tentativa de proteger a população de todos os riscos sociais previsíveis e possíveis. Faz-se necessário que as atuações contemplem as necessidades individuais e coletivas, bem como ações reparadoras e preventivas. Em relação ao direito à Saúde, o texto constitucional expressamente o reconhece universal quando insere no *caput* do artigo 196: a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Os autores Castro e Lazzari (2005, p. 88-89) disciplinam que universalidade da cobertura:

entende-se que a proteção social deve alcançar todos os eventos cuja reparação seja premente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessita. A universalidade do atendimento significa, por seu turno, a entrega das ações, prestações e serviços de seguridade social a todos os que necessitem, tanto em termos de

previdência social – obedecido o princípio contributivo – como no caso da saúde e da assistência social.

Martins (2002, p. 77), por sua vez, ensina que

A universalidade da cobertura deve ser entendida como as contingências que serão cobertas pelo sistema, como a impossibilidade de retornar ao trabalho, a idade avançada, a morte etc. Já a universalidade do atendimento refere-se às prestações que as pessoas necessitam, de acordo com a previsão da lei, como ocorre em relação aos serviços.

O entendimento almejado por esse princípio é de que o trabalhador, impossibilitado de prover o próprio sustento por alguma adversidade, faz jus à proteção social para garantir sua subsistência e de sua família.

Conquanto, este princípio requer uma apreciação. Ele restringe a proteção ao trabalhador. A Seguridade Social engloba não somente os trabalhadores, mas todos os homens e mulheres residentes no Brasil. No tocante à assistência social, há benefícios direcionados pontualmente para pessoas impossibilitadas de desempenharem atividades que assegurem sua sobrevivência, como o benefício de renda continuada.

A universalidade da cobertura e a universalidade do atendimento são as duas dimensões desse princípio. Universalidade da cobertura é aquela relacionada às situações de risco social que podem ocasionar necessidades as quais serão, todas, cobertas pela seguridade social. Já universalidade do atendimento se relaciona aos sujeitos protegidos. Isso implica dizer que, dentro do universo da seguridade, todas as pessoas sem distinção são titulares desse direito público subjetivo.

Para Martins (2002, p. 77), “pode a universalidade ser dividida em: (a) subjetiva, que diz respeito a todas as pessoas que integram a população nacional; (b) objetiva, que irá reparar as consequências das contingências estabelecidas em lei.”

Em conclusão, relativamente à saúde e à assistência social, o princípio da universalidade funciona de forma absoluta (diversamente da previdência social), dado que, em conformidade com o disposto, respectivamente, nos artigos 196 e 203 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado; já a assistência conceder-se-á aos necessitados, não dependendo, nas duas situações, do pagamento de qualquer contribuição.

4.3 UNIFORMIDADE E EQUIVALÊNCIA DOS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS ÀS POPULAÇÕES URBANAS E RURAIS

O princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais alcançou destaque constitucional para corrigir uma injustiça histórica no país, que sempre tratou de forma diferente as populações urbanas e rurais. Este princípio teve como a finalidade primordial equiparar os direitos dos trabalhadores rurais aos trabalhadores urbanos. Dessa forma, ficaram proibidas quaisquer desigualdades entre os trabalhadores urbanos e rurais.

Martins (2002, p. 77), ao comentar sobre o referido princípio destaca que:

Não deixa de ser o princípio da uniformidade um desdobramento do princípio da igualdade, no sentido da impossibilidade de serem estabelecidas distinções.

A uniformidade vai dizer respeito aos aspectos objetivos, às contingências que irão ser cobertas. A equivalência vai tomar por base o aspecto pecuniário ou do atendimento dos serviços, que não serão necessariamente iguais, mas equivalentes, na medida do possível, dependendo do tempo de contribuição, coeficiente de cálculo, sexo, idade, etc.

Sobre a aplicação do princípio Matinez (2015, p. 184) expressa: O princípio é de grande alcance e significa exatamente o prescrito no

texto constitucional: para fins previdenciários, os filiados são iguais, não importando tratem-se de pertencentes ao universo urbano ou rural.

Esse princípio também deve ser examinado sob dois aspectos: uniformidade e equivalência. A uniformidade faz alusão direta às prestações da seguridade social. Assim se depreende que, sendo idênticos os riscos, devem ser idênticos os benefícios, independentemente do local onde trabalham.

Já a equivalência se refere ao valor dos benefícios. Consta-se que não podem ser distintos em função das pessoas que são protegidas. É necessário que as prestações sejam aferidas pelos mesmos critérios objetivos.

O princípio da igualdade, numa concepção histórica, Rui Barbosa o conceitua como tratar desigualmente os desiguais. E se concretiza no inciso II, do § 7º do artigo 201 do texto constitucional, que reduz em cinco anos a idade do trabalhador rural para fazer jus à aposentadoria por idade e pela concessão de aposentadoria especial para quem trabalha em condições prejudiciais à saúde.

4.4 PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE E DISTRIBUTIVIDADE NA PRESTAÇÃO DOS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS

O Princípio da Seletividade está disposto no artigo 194, parágrafo único, III da Constituição Federal, com o seguinte teor:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...]

III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços. (BRASIL, 1988).

O objetivo deste princípio é nortear a vasta distribuição de benefícios sociais ao maior número de desvalidos. Há que se ter a sensibilidade de elencar (pela lei) as prestações que solverão as contingências sociais que mais assolam a população, uma vez que nem todos terão direito a todos os benefícios. Por isso deve o legislador detectar as carências sociais e estipular critérios objetivos para favorecer as camadas sociais mais desprovidas. Vale ressaltar novamente que a assistência médica será acessível a todos sem distinção, conforme prevê o artigo 196 da Constituição Federal.

Para Correia (2012, p. 115), “trata-se da possibilidade de se selecionarem certos grupos de pessoas ou contingências para a proteção social. No entanto, deve ser lido em conjunto com os postulados da universalidade e da solidariedade.” Orienta Martins (2002, p. 77) que concerne à lei estabelecer as necessidades que o sistema poderá atender, consoante as disponibilidades econômico-financeiras:

A distributividade implica a necessidade de solidariedade para poderem ser distribuídos recursos. A ideia de distributividade também concerne à distribuição de renda, pois o sistema, de certa forma, nada mais faz do que distribuir renda. A distribuição pode ser feita aos mais necessitados, em detrimento dos menos necessitados, de acordo com a previsão legal. A distributividade tem, portanto, caráter social.

Portanto, entende-se que o princípio da seletividade é o único em que se pode direcionar ao requerente o benefício que lhe faz direito, como por exemplo, em vez que aposentadoria por invalidez se tem auxílio-doença. Além disso, o princípio da seletividade poderá vetar um benefício ao requerente caso entenda-se que o requerente não possua tal direito, como por exemplo, vetar o salário-família para aqueles que não possuam dependentes.

4.5 PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS

Como este princípio tem por finalidade preservar o valor de compra dos benefícios financeiros concedidos pela seguridade social, a legislação infraconstitucional materializou este dispositivo ao determinar que anualmente os valores dos benefícios sejam corrigidos por um índice de preço.

Impedir que reajustes imprevistos dos benefícios dependessem de vontade política do governo federal foi a precaução do legislador ao inserir este princípio no texto constitucional. Um inesperado congelamento dos valores, em períodos de processo inflacionário célere, representaria a extinção dos benefícios ao longo do tempo.

Para Martinez (2015, p. 189), “no mínimo, o princípio significa duas coisas: 1) os benefícios não podem ser onerados; e 2) devem manter o poder aquisitivo do valor original, através de parâmetros a ser definido segundo a lei ordinária e com vistas às circunstâncias de cada momento histórico.”

Destaque-se, ainda, que não há mais vinculação entre a correção dos benefícios da seguridade social e o salário mínimo. Os benefícios serão reajustados pelo índice de preço o qual mede a inflação. Em contrapartida, contemplar-se-á o salário mínimo por uma política de recuperação de seu poder de compra, de preferência em respeito ao disposto na Constituição Federal.

4.6 PRINCÍPIO DA EQUIDADE NA FORMA DE PARTICIPAÇÃO NO CUSTEIO

A equidade na forma de participação e custeio é outro princípio ligado à isonomia e justiça social. A ideia central desse princípio é que todos

os atores sociais devem contribuir para a seguridade social, porém, quem tem condições de pagar mais contribui mais para a manutenção do sistema e quem tem menos contribui com menos. Trata-se de buscar o equilíbrio entre a capacidade econômica de todos que devem contribuir e o esforço financeiro que eles necessitam para a manutenção da seguridade social, ou seja, é um meio de impulsionar a redução das desigualdades sociais.

Assim este princípio revela que a contribuição de cada um para a seguridade social será na proporção de sua capacidade contributiva. Constata-se, apesar disso, que ele é específico para a Previdência Social, já que é o único sistema contributivo.

As quotas para a previdência social são vertidas consoante a renda do segurado. Quanto maior a renda, maior a alíquota, por conseguinte maior a contribuição. A equidade na forma de participação do custeio é consequência do princípio da capacidade contributiva do direito tributário - contribui com mais aquele que detém maior capacidade contributiva, como também do princípio da igualdade material entre as pessoas - elas são desiguais e devem ser tratadas na medida de suas desigualdades, para que se estabeleça o senso de justiça social. Quanto ao princípio da isonomia, teoricamente não se admite tratamento desigual aos segurados agregados na mesma situação fática.

Ao explanar o princípio da equidade, Horvath Júnior (2002, p. 57) esclarece que:

O princípio da equidade pode ser entendida como a justiça e igualdade na forma de custeio: alíquotas desiguais para os contribuintes com situação desigual. Decorre da capacidade contributiva, qualquer pessoa física contribui para a previdência social no Estado-Seguridade.

Enfim, para garantir a equidade, deve-se considerar a capacidade contributiva e o risco social. Para isso, há certas aplicações da capacidade contributiva: progressividade, plano simplificado de previdência social (é

uma ferramenta que visa facilitar o acesso ao sistema previdenciário), adicional previsto para as instituições, por fim EPP e Microempresas que aderiram ao Simples Nacional. Em relação ao risco social, quanto maior for este, maior deverá ser a contribuição.

4.7 PRINCÍPIO DA DIVERSIDADE DA BASE DE FINANCIAMENTO

O princípio da diversidade da base de financiamento visa a garantir maior estabilidade da Seguridade Social, visto que impossibilita a atribuição do ônus do custeio a segmentos específicos da sociedade. Assim, a Constituição Federal definiu como fontes de custeio as contribuições sociais e os recursos provenientes dos orçamentos dos entes federados, em suma, toda a sociedade. Além disso, criou contribuições sobre o lucro e sobre o faturamento das empresas. Esse princípio é expresso pelo artigo 195 da Carta Magna:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

§ 1º - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União. (BRASIL, 1988).

Quanto maior for a base de financiamento (ou seja, sendo a obrigação do custeio imposta a um maior número possível de segmentos

da sociedade), maior será a capacidade de a seguridade social fazer frente aos seus objetivos constitucionalmente traçados.

Deste modo, ao assegurar o aumento da arrecadação de recursos para a seguridade social e garantir o suporte do aumento de demanda social, o legislador destacou na constituição a permissão para que outras fontes de financiamento fossem instituídas pelo legislador ordinário. Não obstante, criou um dispositivo mediador, na tentativa de impedir a criação de novas contribuições sociais nas mesmas bases de impostos já existentes. Esse é o entendimento majoritário do § 4º do artigo 195 do texto constitucional o qual proíbe a criação de contribuição social cujo fato gerador ou base de cálculo seja idêntica aos impostos discriminados na Constituição.

Em suma, o custeio do Sistema de Seguridade Social não se pode efetivar com base em um único tributo. É necessário obter outras fontes de arrecadação para manutenção dos benefícios, cujo objetivo é segurança e estabilidade. A multiplicidade da contribuição processa-se de duas formas: pelas dimensões objetiva e subjetiva. Enquanto esta recai sobre a identificação das pessoas, físicas ou jurídicas contribuintes, aquela incide nos fatos os quais originarão as contribuições.

A finalidade do princípio da diversidade da base financiamento da Seguridade Social, como princípio constitucional, é instituir efetivamente proteção e segurança a todo o sistema previdenciário. Por essa razão a relevância de seu cumprimento.

4.8 PRINCÍPIO DO CARÁTER DEMOCRÁTICO E DESCENTRALIZADO DA ADMINISTRAÇÃO

O princípio do caráter democrático e da descentralização da administração busca a participação da sociedade e assegura que pessoas que tenham interesse na proteção da Seguridade Social participem de

sua gestão. Este princípio vai de encontro ao que está previsto no artigo 1º da Carta Magna, já que sendo um Estado Democrático de Direito, como previsto no artigo 10 da Constituição de 1988, deve garantir a participação dos setores e vertentes que beneficiem e custeiem a seguridade social. Este princípio não é novidade no texto constitucional, já que historicamente sempre houve a participação da comunidade nos Conselhos da previdência social, assistência social e saúde.

Horvath Júnior (2002, p. 7) menciona que

o objetivo consolida o vínculo do sistema de seguridade com o valor da democracia, pois, com a participação dos trabalhadores, dos aposentados e pensionistas nas decisões em matéria de seguridade, há a proteção dos interesses das minorias em face do poder da maioria eventual.

Ainda Horvath Júnior (2002) já referenciado, a Constituição Federal corrobora o princípio da gestão democrática na administração da seguridade Social. Isso torna a gestão dos recursos mais acertada segundo programas, serviços e ações, nas três áreas da Seguridade Social. Em todas as esferas de poder, deve ocorrer por meio de discussão com a sociedade. Dessa forma, o legislador intentou democratizar a gestão da seguridade social, posto que considera a participação de todos os segmentos representativos da sociedade na administração dos recursos.

5 METODOLOGIA

Para a pesquisa alcançar seus objetivos, tornou-se necessária a utilização da teoria de vários autores que estudam o Direito Previdenciário. Utilizou-se a metodologia de estudo bibliográfico a fim de analisar os princípios e objetivos da Seguridade Social com abordagem dedutiva que partiu de uma premissa geral para uma premissa específica, a fim de

analisar o tema. Ela tem como ponto de partida o plano do inteligível, ou seja, da verdade geral, já estabelecida.

A metodologia abordada baseou-se em pesquisa exploratória por proporcionar maior familiaridade com o objeto de estudo. Desse modo, o pesquisador não dispõe de conhecimento suficiente para formular adequadamente um problema ou elaborar de forma mais precisa uma hipótese. É necessário “desencadear um processo de investigação que identifique a natureza do fenômeno e aponte as características essenciais das variáveis que se quer estudar.” (MEZZARROBA, 2016, p. 126).

Sendo assim, utilizou-se a pesquisa teórica, pois faz a análise de teoria, sempre utilizando embasamentos teóricos para aprofundar os princípios e objetivos da seguridade social. Considerando que a presente pesquisa apresenta as características de uma pesquisa básica e dedutiva apenas organiza e especifica o conhecimento que já se tem, não é geradora de conhecimentos novos. A pesquisa foi desenvolvida utilizando-se a forma de construção lógica, cujo desenvolvimento de argumentos foi estabelecido em conceitos teóricos. Também pela forma de pesquisa bibliográfica, pois se buscarão informações sobre a aplicação dos princípios e objetivos da Seguridade Social.

O Universo foi constituído de obras e artigos. O acervo consiste de bibliotecas como fontes primárias de informação em artigos e obras. O local de estudo se dará por consultas na Internet e as referências de interesse serão armazenadas de acordo com as normas da ABNT.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado, consoante as intenções, roborou que os objetivos da seguridade social podem ser julgados como princípios, por concretizar normas abrangentes que norteiam o sistema.

Além disso, evidenciou-se que não só os objetivos expressos no artigo 194 da Constituição Federal são os instrumentos os quais delineiam o sistema da seguridade social, mas um vasto conjunto de outros princípios especificados pela doutrina: isonomia, dignidade do indivíduo, entre outros. Ademais, cabe destacar que os princípios da Seguridade Social, estão presentes em seus três pilares, ou seja, Saúde, Assistência Social e Previdência Social.

Apesar das dificuldades e do tamanho do Sistema de seguridade social no Brasil, é imprescindível empenhar-se incessantemente na concretização de seus objetivos, porque é a forma mais eficaz de melhorar a qualidade de vida da sociedade brasileira, especialmente, das camadas menos favorecidas.

Mormente, arremata-se que princípios contêm papel notório na aplicação de direitos relativos à seguridade social, pois compreendem conteúdo próprio que oferece eficácia ao direito social assegurado, independentemente, de regras que o regulamentem. Isto é, oferecem diretrizes fundamentais e são considerados norteadores na criação e aplicação do direito neste ramo.

Os principais resultados obtidos com a aplicação dos procedimentos metodológicos foram identificação de inúmeras transformações que necessitam de mais repercussão para que sejam aplicados de forma exemplar no sistema jurídico brasileiro através do poder judiciário na emissão de suas decisões. E a necessidade de aplicação pelos operadores de direito em geral como instrumentos de interpretação das leis.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BALERA, Wagner. *Previdência Social Comentada*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

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: 24 ago. 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

CORREIA, Marcos Orides Gonçalves Correia. *Direito da Seguridade Social*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FLEURY, Sonia. A Seguridade Social e os Dilemas da Inclusão Social. *RAP*, Rio de Janeiro: FGV, v. 39, n. 3, p. 449-469, maio/jun. 2005.

JÚNIOR, Miguel Horvath. *Direito previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MEZZAROBÀ, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Jose Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. O direito humano à segurança social: o regime constitucional do Brasil comparado com 20 modelos estrangeiros. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, v. 34, ago./set. 2016.

O TRABALHO COMO FORMA DE CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DO INDIVÍDUO

Rosane Machado Carneiro¹

I INTRODUÇÃO

Na tentativa de compreender o papel do trabalho na formação do indivíduo buscaremos fazer uma análise com vistas na obra *Fronteiras da Justiça* de Nussbaum (2011) no que se refere às capacidades do indivíduo.

A sociedade em que vivemos predominantemente capitalistas favorece o desenvolvimento da ideia de que o sujeito, para ser compreendido como parte integrante do seu universo, só o será na medida em que produzir. O indivíduo se reconhece por meio do que produz e a partir daí mantém-se, real e simbolicamente, na sociedade da qual faz parte, levando em consideração o fato de o trabalho se relacionar com a reprodução psicológica e material da vida humana.

Por vezes o trabalho é condição da existência da própria existência do homem e por vezes ele se se autoconstrói como um ser de projetos e transforma suas necessidades.

O trabalho é a forma pela qual o homem se apropria da natureza a fim de satisfazer suas necessidades. Pode-se inferir que, para além da

¹ Especialista em Novo Sistema Processual Civil Brasileiro pelo Centro de Excelência em Direito de Chapecó; mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada.

família, o trabalho concede identidade, individual e social, aos sujeitos, sendo, também, por meio dele que o indivíduo se insere no contexto social.

Por sua vez se consideramos que o trabalho é essencial para a formação do indivíduo e para sua sobrevivência no meio no qual está inserido a que se questionar de não poderia este ser incluso na lista das dez capacidades para assegurar uma ou indivíduo o convívio em uma sociedade justa.

A busca de definição da própria identidade é constante nas pessoas, em diferentes estágios da vida. A identidade como um fenômeno social pode ser compreendida como fruto de muitas determinações, como relação entre o subjetivo e o social, como a metamorfose e movimento de transformação. Também é um conceito em construção considerando-se os múltiplos aspectos que interferem nesse processo e que fazem parte da história do indivíduo.

A inserção em um ambiente profissional traz para a pessoa o desafio da construção da identidade profissional, dos papéis, dos conflitos, do se achar e do se perder.

O método a ser utilizado é o dedutivo, a partir do qual se buscam fundamentos que equilibrem estes direitos, que será desenvolvido por meio da pesquisa bibliográfica. O artigo desdobrar-se-á em dois tópicos fundamentais, quais sejam: o trabalho como forma de construção da identidade do indivíduo e o trabalho versus capacidade baseada na concepção da Martha Nussbaum em sua obra *Fronteiras da Justiça, deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie*.

2 O TRABALHO COMO FORMA DE CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DO INDIVÍDUO

O trabalho é um meio essencial para a integração social e a autor realização do indivíduo.

O mundo do trabalho, dado o seu dinamismo, passa por constantes mudanças ao longo do tempo. A crescente valorização do capital financeiro, a globalização da economia, a competitividade, a política econômica neoliberal, a difusão de tecnologias da informação e da comunicação, a nova divisão internacional do trabalho, assim como a reestruturação das empresas também são os motivos mais evidentes que contribuem para a geração de novos contextos para o trabalho.

O homem atribui significados ao trabalho expressando seus valores, crenças, desejos, importância, entre outros acrescenta que na ação de trabalho, percebe-se um entrecruzamento de normas antecedentes e tentativas de renormalização na relação com o meio, no qual ocorre um debate permanente de valores, resultando em escolhas feitas por indivíduos e grupos.

É indubitável que o trabalho ocupa um lugar central na vida de quem o realiza. Seja pelo fato de ser um meio de sobrevivência, seja pelo tempo da vida a ele dedicado (várias horas por dia, vários dias por semana, várias semanas por mês, vários meses por ano, etc.), seja pelo fato de ser um meio de realização não apenas profissional, mas também pessoal, o trabalho é um dos principais instrumentos através do qual o homem dialoga com seu meio social e com seu tempo.

A concepção do trabalho, o sentido a ele atribuído sofreu, porém, várias modificações ao longo da história.

Nas antigas sociedades o trabalho não era valorizado. A necessidade de produzir e de comercializar ficava a cargo dos escravos e, portanto o trabalho por si só já se mostrava como algo que fosse escravizar.

Na Idade Média, o trabalho continuou sendo considerado uma atividade pouco nobre, uma vez que os realmente nobres não deveriam trabalhar.

Após a Revolução Industrial, o trabalho passou a ser valorizado, porque se transformou num símbolo de liberdade do homem, para transformar a natureza, transformar as coisas e a sociedade.

O século XVIII, entretanto, assistiu a uma mudança essencial na concepção do trabalho. Eugène Enriquez (1999, p.70) apreendeu magistralmente o sentido desta mudança ao afirmar que neste momento [...] justamente porque a indústria se desenvolve, começou-se a perceber que os homens não somente sofrem sua história, mas também podem produzir sua história. E para produzi-la, é preciso também produzir economia. O trabalho, que não era tido em alta consideração [...] de repente passou a ser valorizado, porque se transformou num símbolo de liberdade do homem, para transformar a natureza, transformar as coisas e a sociedade.

Esta relação homem-trabalho, a dimensão transformadora do trabalho em relação à natureza e ao próprio homem, foi apreendida por Marx (1996, p. 372), que afirmou ser o trabalho, em primeiro lugar, um processo em que ambos, o homem e a natureza, participam, e no qual o homem, de sua livre vontade, inicia, regula e controla as relações materiais entre si próprio e a natureza [...] logo, ao atuar no mundo externo e ao modificá-lo ele muda, ao mesmo tempo, a sua própria natureza. Desenvolve as suas forças adormecidas e compele-as a agir em obediência ao seu poder.

Marx caracteriza o trabalho como uma interação do homem com o mundo natural, de tal modo que os elementos deste último são conscientemente modificados para alcançar um determinado propósito. O trabalho é a forma pela qual o homem se apropria da natureza a fim de satisfazer suas necessidades.

O trabalho é mais do que o ato de transformar a matéria-prima em riqueza pode-se dizer que o trabalho é o fundamento da vida humana, e que em determinado aspecto, o trabalho criou o próprio homem.

Vários outros autores analisaram o trabalho sobre esse prisma, como processo criativo específico do ser humano.

Para Hannah Arendt (2005, p. 48), “o trabalho cria o homem” e “sua humanidade é resultado de sua própria atividade.” Da mesma forma, para Konder (1998, p. 11): Através do trabalho, o ser do homem se distingue do ser dos animais e do ser das coisas: o sujeito humano passa a poder se assumir como sujeito em contraposição ao objeto. Através do trabalho, o homem não só se apropria da natureza como se afirma e se expande, se desenvolve, se transforma, se cria a si mesmo.

Em razão de tal centralidade que o trabalho ocupa na vida das pessoas, é que podemos inferir as consequências negativas do não-trabalho, do desemprego, da exclusão do trabalhador do processo social de produção de serviços e riquezas.

Vianna (1996, p. 1418) em seu emocionante *Direito de Resistência*, ao falar do direito do empregado de ocupar-se, de trabalhar, efetivamente, pondera: “[...] a inatividade pode não só humilhar o empregado, como impedi-lo de se realizar como homem e como cidadão, afetando sua dignidade.”

Naturalmente, o trabalho que edifica, que ajuda a construir uma auto- imagem e uma identidade positivas, não é o trabalho alienador, coisificador, taylorizado, para quem é mais importante a mercadoria produzida do que quem a produz. O trabalho que avilta a dignidade e que degrada a personalidade humana, esse não contribui para a realização e a construção da identidade do trabalhador. Ao contrário, o despersonaliza, o brutaliza, causa sua alienação. É, ainda, Vianna (1998, p. 66) quem adverte que “[...] o trabalho pode dar (e também tirar), dignidade.”

O trabalho, portanto, é uma referência fundamental para o indivíduo, influenciando decisivamente não apenas na construção de sua identidade individual, como também em sua forma de inserção no meio social. Quando há uma ruptura nesse processo, provocada por acidente

de trabalho de consequências irreversíveis, moléstia ocupacional, desemprego ou qualquer outro infortúnio que implique afastamento do trabalhador de seu trabalho, há, em consequência, uma fragilização de sua identidade, tanto em nível individual quanto em nível social.

Vê-se, assim, que a atividade humana que cria a identidade pessoal e social é o trabalho que tem um significado para quem o realiza. Reconhecer o papel do trabalho na construção da identidade do ser humano não implica afirmar, porém, que o trabalho se realiza sempre sem sofrimento.

O trabalho significará também alienação, quando a mão-de-obra for considerada simples mercadoria, descartável e substituível a qualquer momento por outra menos onerosa. Nesse caso, não há reconhecimento do valor do trabalho, que passa a ser uma atividade sem sentido para quem a realiza.

Segundo Wandelli (2012) o trabalho é o mais importante e talvez o menos efetivo dos direitos fundamentais. A Constituição brasileira designa o trabalho como um direito social fundamental (art. 6º) e fundamento da ordem econômica (art. 170), afirmando o primado do trabalho como base da ordem social (art. 193). O mesmo direito está consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em diversos tratados e declarações de direito internacional, destacando-se a Resolução n. 34/46, de 1979, da Assembleia Geral da ONU, que enuncia claramente que: “a fim de garantir cabalmente os direitos humanos e a plena dignidade pessoal, é necessário garantir o direito ao trabalho.”

De fato, há cada vez mais evidências científicas de que o trabalho é central na vida das pessoas, pois, se dele pode resultar o pior, em termos de adoecimento, acidentes, alienação, perda de dignidade, exploração, também é certo que o trabalho é indispensável para que possa suceder o melhor, em termos de construção da identidade, da saúde psíquica, formação de relações de solidariedade, participação útil na sociedade.

Quem trabalha, trabalha para o outro, não para si mesmo. Com isso, apaga-se o fato de que aquele que trabalha não só está se desincumbindo de uma obrigação de prestação que interessa ao empregador, mas, nesse mesmo ato de trabalho, no desempenhar a sua atividade que se insere na organização do trabalho, o trabalhador também está exercendo um direito fundamental que, juridicamente, contrarresta, relativiza, o direito do empregador sobre a atividade e a organização do trabalho.

Em verdade, quem trabalha não só trabalha para outrem, mas também para si mesmo, consigo mesmo e com outrem, devendo ter oportunidade de desenvolver, no trabalho, as suas capacidades e dons, como está previsto no art. 1º da Convenção 122 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Eis aí o primeiro grande ganho da reconstrução da fundamentação do direito ao trabalho: a compreensão de que se inclui como sua dimensão central o direito ao conteúdo do próprio trabalho.

O não-reconhecimento do valor econômico e social do trabalho impede a realização pessoal do trabalhador. Se sua atividade profissional não é considerada útil, ou se a ela é considerada útil, mas não necessariamente a pessoa que a realiza, o trabalhador perde a referência, e não consegue ver sentido no que faz.

O Estado Democrático de Direito assume muitas conquistas do Estado Social, a exemplo da garantia e realização dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana assume, portanto, o epicentro do ordenamento jurídico, considerado como um valor supremo (SCHWARZ, 2016, p. 39). De antemão, salienta-se que é errôneo compreender que os direitos sociais são tardios tão somente por aparecerem posteriormente em um plano didático de gerações, mas se apresentam com fundamentos comuns aos direitos civis e políticos, o

que incide nas concepções a respeito de possibilidade de suas tutelas, e consequência de suas garantias.

Em termos mais claros, os direitos sociais podem ser compreendidos, por exemplo, como o direito ao trabalho em condições satisfatórias; o direito ao ócio; à educação; à saúde de qualidade; habitação; a seguridade, dentre tantos outros que devem ser garantidos pelo Estado, a fim de efetivar uma vida digna a seus cidadãos. Vislumbra-se, portanto, um elo entre os direitos sociais e a satisfação das necessidades básicas dos indivíduos, como forma de translucidar a igualdade civil, política e social (SCHWARZ, 2015, p. 4).

Cabe levar em conta, por fim, que a necessidade de valorização social do trabalho é um desdobramento da própria personalidade humana, que busca um sentido naquilo que faz, para além do próprio “fazer” e do próprio “realizar” imediatos.

Nesse diapasão o Direito do Trabalho como o meio mais eficaz de consolidação da dignidade social da pessoa humana no capitalismo.

Nessa toada é o magistério de Delgado (2004, p. 43-44):

[...] a ideia de dignidade não se reduz, hoje, a uma dimensão estritamente particular, atada a valores imanescentes à personalidade e que não se projetam socialmente. Ao contrário, o que se concebe inerente à dignidade da pessoa humana é também, ao lado dessa dimensão estritamente privada de valores, a afirmação social do ser humano. A dignidade da pessoa fica, pois, lesada caso ela se encontre em uma situação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social. Enquanto ser necessariamente integrante de uma comunidade, o indivíduo tem assegurado por este princípio não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano social circundante. Na medida desta afirmação social é que desponta o trabalho, notadamente o trabalho regulado, em sua modalidade mais bem elaborada, o emprego.

Ainda na mesma linha de entendimento disserta Brito Filho (2004, p. 45), para quem “a dignidade deve produzir efeitos no plano material.” Isso porque não se pode falar em dignidade da pessoa humana

se isso não se materializa em suas próprias condições de vida. Como falar em dignidade sem direito à saúde, ao trabalho, enfim, sem o direito de participar da vida em sociedade com um mínimo de condições?

Completa o autor: “Dar trabalho, e em condições decentes, então, é forma de proporcionar ao homem direitos que decorrem desse atributo que lhe é próprio: a dignidade.” (BRITO FILHO, 2004, p. 45).

Nesse contexto, o Direito do Trabalho consolida-se como o principal instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana, ao possibilitar a inclusão efetiva do indivíduo-trabalhador na sociedade capitalista. Cabe lembrar que a atividade estatal deve ser pautada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o ser humano é o “centro convergente de direitos” de todo o ordenamento jurídico e a dignidade constitui o substrato mínimo a ser assegurado a todos igualmente.

Em outras palavras, atesta-se que a existência digna está intimamente ligada à valorização do trabalho, de modo que não se obtém a realização plena da dignidade da pessoa humana quando o trabalho não for adequadamente apreciado, o que coloca em xeque ainda a própria organização republicana. Em que a ausência de trabalho digno afeta não apenas a pessoa que a ele não tem acesso, mas todo o seu grupo familiar e social.

Ressalte-se que o sentido maior do Direito do Trabalho – a melhoria das condições de vida dos trabalhadores e a determinação do mínimo existencial – deve ser interpretado para todos os trabalhadores, pois o ordenamento jurídico pátrio não concebe a existência de ninguém em situações aquém do seu princípio básico: a dignidade da pessoa humana.

Trata-se da concessão e da garantia de vivência (e não apenas mera sobrevivência) digna a todos os trabalhadores. Elegem-se as diretrizes fundamentais do trabalho digno, a fim de certificá-lo como

substrato da dignidade social da pessoa humana e, portanto, inerente a todo ser humano.

3 TRABALHO VERSUS CAPACIDADE

O enfoque das capacidades, na visão de Nussbaum (2011), a partir de críticas ao contratualismo e a análises de desenvolvimento humano, fundadas nas noções de utilidade, igualdade de distribuição e maximização de recursos, oferece solução a algumas dessas questões ainda enfrentadas pelo discurso dos direitos humanos.

Valendo-se de uma concepção de dignidade que transcende barreiras religiosas e da liberdade – num sentido positivo – o enfoque das capacidades eleva o indivíduo a uma posição de destaque e lhe permite ser protagonista no processo de definição de sua própria vida.

Assim, da conjugação do desenvolvimento à normatividade do direito, a abordagem das capacidades pode se mostrar uma interessante ferramenta para o fortalecimento do discurso em prol dos direitos humanos.

Outro ponto que é de importante mencionar é com relação ao conceito de dignidade enquanto substrato da dialética dos direitos humanos.

Sarlet (2007, p. 362-363) afirma que a dignidade é “um conceito de contornos vagos e imprecisos caracterizado por sua ambiguidade e porosidade, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica”, cujo conteúdo é ao mesmo tempo abrangente e indefinido.

Embora seja possível detectar com facilidade situações em que a dignidade de determinada pessoa ou grupo foi violada - o que indica que tipo de condutas não devem ser adotadas sob pena de violar a dignidade alheia -, não é possível delimitar com precisão o que é necessário fazer para promover essa dignidade – o que nos permite suscitar dúvidas a

respeito da efetividade de sua manutenção como elemento nuclear das teorias de direitos humanos.

Segundo Morin (2001, p. 8-19), para que um trabalho tenha sentido, é importante que quem o realize saiba para onde ele conduz. Assim, é essencial que os objetivos dos serviços prestados sejam claros e valorizados para que os resultados tenham valor aos olhos de quem o realiza.

Morin (2001, p. 8-19) pesquisou o sentido do trabalho em Quebec e na França. O objetivo do estudo foi identificar e comentar as características atribuídas a um tipo trabalho e o sentido que as pessoas atribuem ao mesmo. Para o autor essas características e atribuições ligadas ao trabalho influenciam nas decisões e intervenções das pessoas responsáveis pelos processos de transformação dentro das organizações. Morin (2001, p. 8-19) o argumenta que três características contribuem para dar sentido ao trabalho. Primeiro a variedade das tarefas: A capacidade de um trabalho requerer uma variedade de tarefas que exige uma diversidade de competências; segundo a identidade do trabalho: A capacidade de um trabalho permitir a realização de algo do começo ao fim, com um resultado tangível, identificável; e em terceiro o significado do trabalho: a capacidade de um trabalho ter um impacto significativo sobre o bem-estar ou sobre o trabalho de outras pessoas, seja na sua organização, seja no ambiente social.

Apesar da condição de formação e valorização pessoal no indivíduo o trabalho desenvolve um processo inverso na sociedade capitalista: ao invés de desenvolver a potencialidade do ser social individual e coletivamente, o homem se aliena deste processo à medida que o trabalho se torna mercadoria. O trabalhador se aliena da sua atividade, não tendo mais noção do produto que esta pode gerar, se aliena da sua relação com o outro e consigo mesmo a alienação invade todas as dimensões da vida social e objetivações do ser social.

Para Martha (2011, p.74) o enfoque das capacidades consiste na “concepção substantiva de algumas habilidades centrais e oportunidades, principalmente incluindo oportunidades de escolha e atividade”, [...] que possibilita “comparações da qualidade de vida entre sociedades e [serve] como modelo para ser usado ao se perguntar em que medida uma sociedade assegura um mínimo de justiça a seus cidadãos.”

Ainda segundo a Nussbaum (2011, p. 20) A abordagem apresentada pela autora permite às pessoas fazer suas próprias escolhas baseadas em suas diferentes concepções de uma boa vida, na medida em que foca na provisão de um conjunto básico mínimo de oportunidades e liberdades – vendo assim a vida das pessoas de forma separada e distinta.

São potencialidades ou liberdades substantivas de que dispõem os indivíduos para que possam exercitar essas diversas formas de ser e de viver, fazendo aquilo que mais valorizam em sua vida.

Nessa direção, em sendo a vida das pessoas entendida como uma combinação de vários modos de ser e de fazer, na qual uma pessoa pode querer ser, ter e fazer no processo de condução de sua própria vida. São esses diversos viveres e fazeres que temos razão para valorizar e que nos permitem definir nossos próprios caminhos.

Esses aspectos da realização humana variam em grau de complexidade, podendo em seu nível mais elementar representar, por exemplo, a vontade de sobreviver, de estar vestido, bem nutrido e livre de doenças e, numa instância superior – e seguramente mais complexa – envolver noções de auto respeito, autonomia pessoal e preservação da dignidade humana.

Os conceitos de capacidades e funcionalidades caminham juntos. São como duas faces de uma mesma moeda, que não se confundem, porque se vinculam por meio de uma relação de causalidade – as capacidades correspondem a um potencial para exercício – a uma liberdade no sentido substantivo, ou um poder agir – necessário para que

cada indivíduo possa atingir as mais diversas formas de ser e de fazer – as funcionalidades.

Para ilustrar melhor essa relação entre capacidades e funcionalidades, vejamos a seguinte situação: se o que alguém busca em sua vida é sentir-se bem nutrido (funcionalidade) é necessário que esse mesmo alguém disponha de comida (bem/recurso) e da capacidade ou habilidade para poder livremente comer quando melhor lhe aprouver.

Agora imaginemos que esse alguém é uma pessoa com tetraplegia. Impossibilitada de se movimentar livremente, embora dispondo de alimentos (recursos) e querendo sentir-se bem nutrida (funcionalidade) essa pessoa não dispõe de uma habilidade física ou deste potencial que lhe permitiria comer sozinha, razão pela qual necessita de alguma ajuda técnica ou de outra pessoa que lhe auxilie nessa tarefa.

Em não dispondo da capacidade para se valer do alimento disponível (recurso) por si só, e no momento em que bem quiser o sentir-se bem-nutrida – ou seja, o alcance dessa funcionalidade – passa a não mais depender da vontade ou do livre agir do indivíduo.

Nessa situação, é possível afirmar que essa pessoa se encontra, portanto, limitada em sua liberdade, pois não consegue de forma independente conduzir sua vida como deseja. No entanto, esse exercício da liberdade e da autonomia pode ser desde logo restaurado, se esta pessoa puder contar com o auxílio de alguém que lhe ajude a se alimentar, pois assim, certamente poderá, quando assim lhe aprouver, comer e sentir-se satisfeita, mesmo não dispondo do potencial físico necessário para fazê-lo por sua conta.

Com este exemplo fica claro que para atingir determinadas funcionalidades, para além de ter acesso a bens e recursos, é necessário que os indivíduos tenham potencial habilidade de se valer destes, ou seja, que tenham plena capacidade ou ampla liberdade para usufruí-los quando assim quiserem.

Portanto, se há enfoques que se valem da utilidade pessoal (prazer, felicidade, satisfação de desejos), da opulência (renda *per capita*, bens, riqueza), da avaliação de liberdades negativas (satisfação procedimental de direitos de liberdade ou não interferência) ou da igualdade nesta abordagem, é esse conjunto de capacidades individuais – enquanto instrumental necessário à realização das mais diversas formas de ser e de fazer – que serve de elemento fundamental à avaliação do desenvolvimento e da qualidade de vida das pessoas.

Partindo da noção de que os direitos são assegurados quando garantidos às pessoas os meios para que sejam exercitados, Nussbaum afirma que os principais direitos que se devem assegurar às pessoas são, na realidade, capacidades, ou seja, potenciais para o seu exercício, e não funcionalidades – ou o próprio exercício do direito.

E isso porque, conforme já tivemos a oportunidade de mencionar, quando falamos em direitos humanos e em capacidades, o que se busca é, em suma, a implementação de um “roteiro emancipatório”, que proteja o agir humano e assim permita que cada pessoa possa levar adiante, com autonomia, seu próprio projeto de vida.

Nussbaum (2011, p. 70) por sua vez, trabalha as capacidades num recorte normativo, sob a perspectiva do desenvolvimento de princípios constitucionais centrais que assegurem aos cidadãos um patamar mínimo de realização, por entender que “[...] em certas áreas principais do funcionamento humano, a necessária condição de justiça para a estruturação de uma política pública é conferir aos cidadãos certo nível básico de capacidade”.

Assim, sob a ótica das capacidades, se as pessoas têm sistematicamente ficado abaixo deste mínimo em qualquer das principais áreas protegidas, tem-se uma situação injusta e trágica que necessita, portanto, urgente atenção (Nussbaum, 2011, p. 70), ainda que não haja

quaisquer outros problemas ocorrendo nas demais áreas que asseguram a manutenção da condição humana.

O enfoque das capacidades, para além da preocupação com bens, recursos ou utilidade – que, diga-se de passagem, não são elementos que ignora ou desconsidera – reconhece, a partir do olhar atento às circunstâncias externas que interferem no exercício da liberdade, que a justiça está em se garantir um nível mínimo de capacidades a todos os indivíduos, e em todas as áreas, para que possam sentir-se livres para alcançar a vida que valorizam.

No entanto, como seu trabalho não reside na busca de uma igualdade completa de capacidades, mas tão somente um patamar mínimo indispensável, a autora reconhece que sua abordagem não poderia ser reconhecida como uma teoria integral, mas apenas como uma teoria parcial de justiça, já que não aborda, por exemplo, como a justiça deveria tratar desigualdades verificadas acima desse nível mínimo.

Nessa direção, o enfoque das capacidades entende que “a base para o surgimento de demandas é a simples existência da pessoa enquanto ser humano – e não a posse atual de um conjunto de capacidades básicas rudimentares [...]”, que teria origem – sem adentrar no mérito de discussões sobre o início da vida – quando do nascimento da pessoa no seio de uma comunidade humana (NUSSBAUM, 2011, p. 285).

Os deveres, portanto, só existem a partir do momento em que definimos que as pessoas têm certas necessidades básicas, que pontuamos que necessidades são essas e que afirmamos a relevância de que tais necessidades sejam garantias por todos e quaisquer meios – inclusive atribuindo às pessoas poderes para exigir o provimento dessas necessidades mínimas - a fim de que as pessoas possam se resguardar de injustiças e manter uma vida plenamente humana.

Conforme salienta Nussbaum (2011, p. 285), a teoria das capacidades parte da intuição básica de que algumas habilidades

humanas são dotadas de dignidade e valor por possibilitarem a realização de diversas funcionalidades, sendo por tidas como demandas morais que ensejam deveres políticos e sociais correlatos.

A autora identifica uma lista de capacidades humanas centrais e argumento que todas elas estão implícitas na ideia de uma vida apropriada à dignidade humana. Tais capacidades são apresentadas como a fonte de princípios políticos para uma sociedade liberal pluralística.

O objetivo social deve ser entendido em termos de conseguir trazer os cidadãos para cima do nível mínimo de capacidade.

Essas dez capacidades são objetivos gerais que podem ser mais especificados pela sociedade em questão, na medida em que esta trabalha na determinação das garantias fundamentais que deseje sancionar; mas de alguma forma, todas são consideradas parte de uma determinação mínima de justiça social: uma sociedade que não as garanta para todos os cidadãos em algum nível mínimo apropriado não chega a ser uma sociedade plenamente justa.

De acordo com a autora para uma pessoa ter dignidade ela precisa ter essas dez capacidades (condições necessárias) quais sejam:

- Vida: habilidade para viver até o final de uma vida humana de duração normal; não morrer prematuramente, ou antes, que a vida se torne tão reduzida a ponto de não valer mais a pena viver;
- Saúde Física: habilidade para ter uma boa saúde (incluída a saúde reprodutiva); estar adequadamente nutrido; ter moradia adequada;
- Integridade física: poder livremente se mover de um lugar a outro; estar seguro contra abuso violento, incluindo abuso sexual e violência doméstica; ter oportunidade de obter satisfação sexual e escolha no que se refere à reprodução;
- Sentidos, imaginação e pensamento: poder usar os sentidos, imaginar, pensar e raciocinar – e fazer essas coisas de “forma realmente humana”, de modo informado e refinado por uma educação adequada, incluindo, mas de forma alguma limitado a, alfabetização e treinamentos matemáticos e científicos básicos. Poder usar a imaginação e o pensamento juntamente com o experimento e a produção de trabalhos e eventos de sua própria escolha, religiosos, literários, musicais, e assim por diante. Poder usar a própria mente de forma protegida pela liberdade de expressão, tanto em relação ao discurso político como artístico e

liberdade de exercício da religião. Poder ter experiências prazerosas e evitar dor não benéfica.

- Emoções: poder estar conectado a coisas e pessoas fora de nós mesmos; poder amar aqueles que têm carinho e nos amam e sofrer pela sua ausência; em geral, amar, sofrer, experimentar gratidão duradoura e raiva justificada. Não ter o desenvolvimento emocional interrompido por medo ou ansiedade (dar suporte a esta capacidade significa dar suporte a formas de associação humana que podem se mostrar cruciais ao seu desenvolvimento).

- Razão prática: poder formar uma concepção do bem e engajar em reflexões críticas sobre o planejamento de sua própria vida (Isso permite a proteção da liberdade de consciência e da prática da religião).

- Afiliação: (A) poder viver com e entre outros, reconhecer e mostrar preocupação por outros seres humanos; engajar-se em várias formas de interação social; poder imaginar a situação dos outros. (Proteger essa capacidade significa proteger instituições que constituem e nutrem estas formas de afiliação, e também proteger a liberdade de assembleia e o discurso político). B) dispor das bases sociais para o auto respeito e não humilhação; poder ser tratado como um ser humano digno cujo valor é igual ao dos outros. (Isso permite a previsão de não discriminação com base na raça, sexo, orientação sexual, etnicidade, casta, religião, origem nacional.)

- Outras espécies: poder viver com preocupação pelos e relacionando-se com animais, plantas e com o mundo da natureza;

- Brincar: poder rir, brincar e desfrutar de atividades recreativas.

- Controle sobre o ambiente: (A) Político: poder participar efetivamente das escolhas políticas que governam sua própria vida; ter o direito de participação política e proteções sobre discurso e associação; (B) Material: – poder ter propriedade (ambos, terra e bens móveis), ter direitos de propriedade em igualdade de condições com os demais; ter o direito de procurar emprego em igualdade de condições com os demais; estar livre de buscas e apreensões sem mandato. No trabalho, poder trabalhar como um ser humano, exercitando a razão prática e estabelecendo relações dotadas de sentido e mútuo reconhecimento com os outros trabalhadores.

A lista proposta pela autora é, portanto, um conjunto mínimo de valores necessários à realização da justiça social que deve ser garantido por toda e qualquer sociedade que se diz justa, independentemente do nível de riqueza que ostente funciona como elemento central de toda a abordagem.

Assim porque não incluímos nesta lista o trabalho o qual exerce papel fundamente na condição do indivíduo, cujos valores merecem ser levados em conta.

Para compreender essa condição de como o enfoque das capacidades opera, pensemos sobre o desemprego e suas consequências. Embora num primeiro momento a preocupação com a falta de trabalho gire em torno da falta de recursos financeiros – e o que isso pode ocasionar ao indivíduo e à sua família – ao nos permitirmos aprofundar essa questão veremos que o problema da falta de emprego gera – para além da deficiência de renda – fragilidades relacionadas ao próprio indivíduo, como, por exemplo, o sentimento de exclusão social vivenciado, a perda da autonomia, da autoconfiança e, conseqüentemente, a debilitação de sua saúde física e psicológica.

A perspectiva das capacidades ainda avança ao conferir importância às comparações interpessoais e perceber que o desenvolvimento não se resume à maximização de recursos e bem-estar ou à igualdade na distribuição de bens, porque decorre, em última análise, da expansão das capacidades que asseguram a superação das desigualdades, das privações e da opressão, permitindo a cada indivíduo livremente escolher os meios como conduzir sua própria vida.

Ocorre que, ao limitar sua análise à justa igualdade de recursos, se esquece que tão relevante quanto a distribuição igualitária é a possibilidade que cada indivíduo têm de se valer desses recursos para efetivamente alcançar o auto respeito, a felicidade e o reconhecimento dentro de sua comunidade.

Na perspectiva das capacidades, ao lado da preocupação com a necessidade que cada indivíduo tem de ter recursos, surge outra, que diz respeito ao fato de pessoas em diferentes condições disporem de diferentes habilidades para converter esses recursos em meios que lhes permitam alcançar as múltiplas formas de ser e fazer o que desejam.

A abordagem das capacidades, ao olhar para o que as pessoas são capazes de ser e de fazer, permite, portanto, que por meio da análise dos direitos econômicos e sociais, tenhamos uma razão para destinar desigual

quantidade de dinheiro aos que estão em situação de desvantagem, ou mesmo, para desenvolver programas ou iniciativas que lhes permitam atingir sua plena capacidade.

Ao priorizar o indivíduo e sua plena realização enquanto ser humano merecedor de uma vida digna certamente estamos condicionando grande parte desta realização ao trabalho.

Considerando que a finalidade política do enfoque das capacidades consiste em delimitar um nível mínimo de capacidades que possam servir como base para a elaboração de princípios constitucionais, a estruturação desse modelo parte do pressuposto de que alguns valores fundamentais são necessários à plena garantia de uma digna vida humana.

Forma então, a lista de dez capacidades como exigências centrais para uma vida com dignidade. Essas dez capacidades são objetivos gerais que podem ser mais especificados pela sociedade em questão, na medida em que esta trabalha na determinação das garantias fundamentais que deseje sancionar; mas de alguma forma, todas são consideradas parte de uma determinação mínima de justiça social: uma sociedade que não as garanta para todos os cidadãos em algum nível mínimo apropriado não chega a ser uma sociedade plenamente justa.

Uma pessoa para ter dignidade precisa ter essas dez capacidades (condições necessárias) o que neste caso facilmente poderia inserir a trabalho uma vez que não primordial para o indivíduo, associados de modo similar a ideia de dignidade humana.

O enfoque das capacidades é completamente universal: as capacidades em questão são consideradas importantes para todo e qualquer cidadão, em toda e qualquer nação, e cada pessoa deve ser tratada com um fim.

Qualquer sociedade decente deverá responder as necessidade de assistência, educação, auto respeito, atividade e amizade e principalmente o trabalho.

4 NOTAS CONCLUSIVAS

Na mesma direção, ao considerar que todas as pessoas têm o direito de gozar de uma existência propriamente humana, pelo simples fato de serem humanos, permite que as pessoas imaginem o melhor para si – ainda que isso seja inatingível.

Sendo assim, pode-se concluir que a dignidade social da pessoa humana está intrinsecamente ligada à generalização do Direito do Trabalho. Nessa esteira, afirma-se que, apenas através do trabalho em situações dignas, onde se assegura a segurança e o respeito ao ser humano, a pessoa torna-se capaz de se afirmar e de se realizar plenamente enquanto ser social.

Para a concretização da dignidade da pessoa humana é indispensável a valorização do trabalho, por meio da efetivação das normas trabalhistas, pois é o labor a peça fundamental de afirmação individual e social do ser humano. O princípio da dignidade da pessoa humana e, em especial, o seu aspecto social, ressaltado pelo valor-trabalho, devem nortear toda a produção e aplicação normativa, a fim de garantir a interpretação das leis a garantir a construção do indivíduo.

Dessa maneira, as capacidades auxiliam no processo de empoderamento das pessoas, fazendo com que se percebam como cidadãos e titulares de direitos. Com isso, ao permitir que as pessoas olhem para si mesmas e vislumbrem novas possibilidades, o enfoque das capacidades ajuda a ativar mudanças em estruturas sociais estanques.

De fato, essa diferente perspectiva que propõe faz com que se possam compreender os direitos humanos de forma distinta e complementar.

Ao se valer da noção de capacidades combinadas e considerar a liberdade num sentido positivo, o enfoque das capacidades se preocupa

as bases materiais necessárias para que as pessoas possam conduzir uma vida realmente humana.

A partir desses exemplos, percebe-se que outra importante contribuição que as capacidades oferecem ao discurso dos direitos humanos refere-se à importância que conferem à base material e institucional que interfere na realização desses direitos, destinando assim atenção especial aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Neste contexto não podemos ignorar o papel que o trabalho exerce na vida do indivíduo o qual é capaz de assegurar a sua formação e sua própria condição de existência numa vida digna.

Assim não se deve cometer negligência ao colocar em prática condições de trabalho que proporcionem aos trabalhadores os sentimentos de segurança e de autonomia necessários para seu desenvolvimento.

Para que um trabalho tenha sentido, é importante que quem o realize saiba para onde ele conduz; em outras palavras, é essencial que os objetivos sejam claros e valorizados e que os resultados tenham valor aos olhos de quem o realiza.

Para que um trabalho seja satisfatório para quem o realiza, parece ser importante que ele apele para suas competências. Além disso, parece relevante que o trabalhador tenha a oportunidade de testar suas capacidades, com o objetivo de estimular suas necessidades de crescimento pessoal.

Ao incluir, ou comparar o trabalho como uma das capacidades para uma sociedade justa por certo estaremos assegurando o status necessário função que o trabalho exerce como formador do próprio indivíduo.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. Tradução Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente. Análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno*. São Paulo: LTr, 2004,
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- KONDER, Leandro. *A derrota da dialética. A recepção das ideias de Marx no Brasil até o começo dos anos 30*. São Paulo: Campus, 1988.
- MARX, Karl. *O Capital*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 1.
- MORIN, Estelle M. Os Sentidos do Trabalho. *Revista de Administração de Empresas*, v. 41, n. 3, p. 8-19, jul./set. 2001.
- NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da Justiça, deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 9, p. 362-363, jan./jun. 2007.
- SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *A dignidade humana e os direitos fundamentais sociais como referentes do Estado Democrático de direito*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2016.
- SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *As garantias dos direitos fundamentais sociais: uma perspectiva garantista e democrática*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2015.

VIANNA, Márcio Túlio. A Lei 9.601/98 e a Constituição. In: RENAULT, Luiz Eduardo Linhares et al. *O novo contrato a prazo: crítica, teoria e prática da Lei 9.601/98*. São Paulo: LTr, 1998.

VIANNA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*. São Paulo: LTr, 1996.

WANDELLI, Leonardo Vieira. O direito humano e fundamental ao trabalho. *Gazeta do Povo*, 13 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/o-direito-humano-e-fundamental-ao-trabalho-2pd29rb9n08qw3vkj5219lgem>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

