

Organizadores
Ana Claudia Rockemback
Natálie Vailatti
Robison Tramontina

Teorias da Justiça:

categorias centrais, teses e interlocuções



editora
unoesc

Editora Unoesc

Coordenação
Tiago de Matia

Agente administrativa: Caren Scalabrin
Revisão metodológica: Bianca Regina Paganini
Projeto Gráfico e capa: Simone Dal Moro

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

T314 Teorias da Justiça: categorias centrais, teses e interlocuções / organizadores Ana Claudia Rockemback, Natálie Vailatti, Robison Tramontina. – Joaçaba, SC: Unoesc, 2019.
248 p. : il, 23 cm.

ISBN: 978-85-8422-207-0

1. Direitos fundamentais. 2. Direito - Filosofia. 3. Justiça (Filosofia). I. Rockemback, Ana Cláudia, (Org.). II. Vailatti, Natálie, (Org.). III. Tramontina, Robison, (Org.).

Doris 341.415

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

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 Téio

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

APRESENTAÇÃO.....5

A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

O CONCEITO DE RAZÃO PÚBLICA EM JOHN RAWLS E SUA
RELAÇÃO COM A ATUAÇÃO (FUNCIONAL E PESSOAL) DOS
MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO 9
Diego Roberto Barbiero

O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO À LUZ DA RAZÃO PÚBLICA DE
RAWLS.....29
Eduardo Puhl

O CONCEITO DE LIBERDADE NA OBRA “UMA TEORIA DA JUSTIÇA”
DE JOHN RAWLS.....47
Luciano da Silva Basso

A ORIGEM DAS ORDENS ESTATAIS NA VISÃO DE THOMAS
HOBBES, HANS KELSEN E JOHN RAWLS.....65
Maycon Robert Hammes

A LIBERDADE PARA JOHN RAWLS: UMA ABORDAGEM DO SEU
PRINCÍPIO DA IGUAL LIBERDADE E UMA ANÁLISE DA SUA LISTA
DE LIBERDADES BÁSICAS, COM ÊNFASE NA LIBERDADE DE
EXPRESSÃO91
Michel Ferrari Borges dos Santos

O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE NA JUSTIÇA COMO
EQUIDADE: UMA ABORDAGEM A PARTIR DE RAWLS 111
Roberta Seitenfuss

AS CONCEPÇÕES DE LIBERDADE: DE BENJAMIN CONSTANT A
JOHN RAWLS 131
Rosana Walter

A TEORIA DE JUSTIÇA DE MARTHA NUSSBAUM

A TEORIA DE JUSTIÇA DE MARTHA NUSSBAUM	155
Gracieli Baumgarten Bauer	
CONEXÕES ENTRE O ENFOQUE DAS CAPACIDADES EM MARTHA NUSSBAUM E O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE	175
Luís Henrique Kohl Camargo	
O CUIDADO COMO PRESSUPOSTO PARA O DESENVOLVIMENTO E A MANUTENÇÃO DAS CAPACIDADES E AUTONOMIA DAS PESSOAS IDOSAS	197
Rafaela Pederiva	
ESTADO CONTEMPORÂNEO: PROTÓTIPO PERFEITO DE SISTEMA ESTATAL?	225
Adriana Martins Ferreira Festugatto, Vinicius Almada Mozetic	



APRESENTAÇÃO

O Mestrado em Direitos Fundamentais da Unoesc tem como uma de suas principais metas a produção e a socialização do conhecimento. Para alcançar com êxito e sucesso tal propósito, os discentes do PPGD-Unoesc são convidados a publicarem o resultado das investigações levadas a cabo nas disciplinas cursadas durante cada semestre. Os artigos ora publicados foram produzidos no primeiro semestre de 2018 no componente curricular “Filosofia Intercultural e Teoria Crítica dos Direitos Fundamentais”.

A temática central objeto de estudo e discussões nele foi as “Teorias da Justiça”, especificamente as propostas de John Rawls e Martha Nussbaum. As razões que foram determinantes para a escolha do tema foram as seguintes: a justiça é apresentada constitucionalmente como condição de possibilidade da realização dos direitos fundamentais e importância teórica dela para a justificação e proposição de uma sociedade decente.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) trata do tema da justiça social (distributiva), de forma direta nos Art. 170 e 193, e indiretamente, no Preâmbulo e no Art.3. No Preâmbulo, consta que a justiça é um dos valores mais significativos de sociedades fraternas, pluralistas e sem preconceitos, tal qual aquela que o constituinte pátrio pretendia instituir. No Art. 3 está expresso que um dos objetivos da República Federativa é a construção de uma sociedade justa. Assim, pode ser dizer que a promoção da justiça social (distributiva) é uma das metas do Estado Brasileiro. Nos artigos 170 e 193, são tratados, respectivamente, os princípios da atividade econômica e os dispositivos gerais da ordem social. Em ambos os artigos, a justiça social (distributiva) tem papel relevante. No primeiro, aparece como pedra angular, ou em termos filosóficos, ideia reguladora da ordem econômica, e no segundo, um dos fins da ordem social. Desse modo, da análise da Carta Magna, depreende-se de forma sintética, em



relação à justiça social (distributiva) que: a) ela é um valor basilar; b) é pedra angular da ordem econômica e c) b) é um fim para a ordem social e para o Estado Brasileiro. Logo, de antemão, genericamente, pode-se afirmar que a justiça social é condição necessária para a realização dos direitos fundamentais de qualquer natureza.

Sendo assim, o tema da justiça é incontornável quando se pretende compreender o direito, a sociedade e o Estado Brasileiro. Contudo, não se pode ignorar que tal conceito tem uma longa trajetória histórica e variações polissêmicas enormes. É uma questão importante tanto na ética como na filosofia jurídica e política. Sua centralidade está associada as controvérsias e questionamentos que ao longo do tempo e na atualidade a referida temática suscitou e ainda suscita. Os questionamentos listados a seguir indicam o grau de complexidade e de discordâncias geradas quando adentra-se na matéria: o que é a justiça? o justo é o igual ou o proporcional? a justiça é uma propriedade da lei, dos indivíduos ou de instituições sociais? que critérios devem pautar a justiça distributiva? qual a relação entre justiça e direitos fundamentais? Tendo em conta o alcance e a magnitude da questão, tanto no âmbito jurídico (teórico-dogmático) como na esfera moral e política, a compreensão e análise do “problema” da justiça é urgente e necessária.

Os onze (11) textos, divididos em três blocos, que o leitor tem em mãos versam sobre as categorias centrais, teses e interlocuções das duas principais Teorias da Justiça já mencionadas acima, construídas no interior da tradição política liberal: a de John Rawls e a de Martha Nussbaum. As qualidades centrais deles é a preocupação com a compreensão do arcabouço dos autores estudados e o cuidado de conectar questões teóricas-filosóficas com questões práticas-jurídicas e ou sociais.

Boa leitura!!!

A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS





O CONCEITO DE RAZÃO PÚBLICA EM JOHN RAWLS E SUA RELAÇÃO COM A ATUAÇÃO (FUNCIONAL E PESSOAL) DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

Diego Roberto Barbiero¹

INTRODUÇÃO

O tema central do presente trabalho é o conceito de razão pública na obra de John Rawls, assim entendida como o argumento extraído do consenso sobreposto de doutrinas abrangentes razoáveis em uma democracia constitucional, e sua aplicação à atividade do Ministério Público Brasileiro.

O conceito de razão pública tem sido bastante explorado na produção acadêmica desde o lançamento do trabalho de Rawls ("O Liberalismo Político") e, em grande medida, servido como parâmetro de atuação (ou de justificativa da atuação) das cortes constitucionais, já que, como o próprio Rawls sugere, o ambiente das cortes constitucionais dotadas do poder de declarar a inconstitucionalidade de normas legais é, por excelência, o campo de referência da razão pública.

Mas será que esse conceito pode ser aplicado, também, aos membros do Ministério Público brasileiro, tanto em suas ações em processos judiciais ou extrajudiciais quanto em suas manifestações em veículos de comunicação locais e em redes sociais?

Para tentar responder esse problema, será utilizado, como marco teórico, o conceito de razão pública expresso por Rawls na

¹ Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina; mestrando no programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Santa Catarina.



Conferência VI de “O Liberalismo Político” e, também, na publicação posterior, datada de 1997, intitulada “A ideia de razão pública revisitada”.

O método utilizado é o lógico de investigação e a técnica de pesquisa é a revisão bibliográfica, tanto no que toca aos conceitos extraídos da obra de Rawls quanto às atividades dos membros do Ministério Público Brasileiro e a expectativa de como essas atividades são (ou deveriam ser) desenvolvidas sob o ponto de vista do Conselho Nacional do Ministério Público, órgão de controle externo introduzido na ordem jurídica constitucional por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004.

No artigo, as hipóteses trabalhadas se relacionam à possibilidade do conceito de razão pública encontrar um *locus* também na atuação do Ministério Público (em expansão à ideia de que seu ambiente por excelência são as cortes constitucionais), sobretudo porque, quando atua na defesa de direitos coletivos de terceiros excluídos da agenda política nacional, fá-lo como forma de resguardo do regime democrático, adotando, por vezes, um papel contramajoritário para atingir tal finalidade. Também é analisada a almejada extensão da aplicação do conceito às ações privadas dos membros do Ministério Público, notadamente quando não atuam em nome da instituição, em fóruns não públicos, por parte do Conselho Nacional do Ministério Público.

Ao final, pretender-se-á demonstrar que, de fato, a atuação do Ministério Público pode ser balizada pelo conceito de razão pública, que, todavia, não deve servir para justificar recomendações de caráter repressivo dirigidas à integralidade das ações dos seus membros – até como forma de preservação do princípio da liberdade de expressão garantido em um Estado Democrático de Direito a todos os cidadãos (inclusive aos que ocupam cargos dentro do Ministério Público brasileiro).



O LIBERALISMO POLÍTICO DE JOHN RAWLS E OS CONCEITOS DE CONSENSO SOBREPOSTO E DE RAZÃO PÚBLICA

John Rawls produziu, em sua carreira, três grandes obras sobre filosofia política: "Teoria da Justiça", "O Liberalismo Político" e "O Direito dos Povos". Em seus escritos, Rawls segue a tradição contratualista e eleva suas ideias ao mais alto grau de abstração utilizando alguns conceitos como, por exemplo, os da "posição original", do "véu da ignorância", do "consenso sobreposto" e da "razão pública".

O que importa, neste trabalho, é entender o conteúdo dos conceitos de consenso sobreposto e de razão pública desenvolvidos na obra "O Liberalismo Político", especificamente no que toca aos seus ambientes de aplicação ideais (ou recomendados) e, nesse âmbito, à atividade do Ministério Público brasileiro.²

De fato, de acordo com Rawls (2011, p. 250-252), o modo como uma sociedade política formula seus planos, coloca seus fins em uma ordem de prioridades e toma suas decisões de acordo com essas prioridades pode ser considerada sua razão. Nem todas as razões, todavia, podem ser consideradas razões públicas, que, segundo o filósofo, é a característica de um povo democrático: a razão dos

² Sobre esse ponto, Kent Greenawalt (1994, p. 669), professor da Universidade de Direito de Columbia, explica que, nas duas décadas de amadurecimento da produção de Rawls (da Teoria de Justiça ao Liberalismo Político), as adições mais substanciais foram exatamente os conceitos de razão pública e de consenso sobreposto: "Since the publication of *A Theory of Justice* in 1971, John Rawls has refined, qualified, and enriched his political philosophy, responding generously and with patient analytical care to difficulties posed by critics. *Political Liberalism* embodies the major developments in Rawls's thought during those two decades. Rawls continues to be a strong defender of political liberalism, but in various respects his philosophical claims are more modest than those he offered in 1971, and the political life he recommends involves more accommodation to the diverse perspectives and ways of life one expects to find in liberal democracies. In most of the chapters of the book, Rawls largely replicates what he has said in important lectures, but each chapter contains some fresh analysis and references to recent work. The most substantial addition to his previous writings is his chapter on "The Idea of Public Reason", and that is the focus of this Essay. My discussion of that topic requires some attention to another major subject, the "overlapping consensus" of views that can support a political concept of justice, but I do not say more about that subject than is needed for my discussion of public reason."



cidadãos que compartilham do status de igual cidadania; é a razão de cidadãos iguais que, como um corpo coletivo, exercem poder político supremo e coercitivo, uns sobre os outros.

Mas para que isso funcione de forma harmônica, as pessoas devem ser razoáveis, isto é, precisam cooperar umas com as outras em termos aceitáveis por elas, que, em seus íntimos, são guiadas por concepções políticas, filosóficas ou religiosas próprias.

A razão pública somente poderá existir, assim, em uma sociedade plural, mas razoável. Esse é o pressuposto do liberalismo político de Rawls (2011, p. XVII), que se baseia exatamente na pluralidade de doutrinas abrangentes que são razoáveis, ainda que incompatíveis entre si, e que resulta no exercício da razão humana sob a estrutura de instituições livres de um regime democrático constitucional.

Democracia e justiça, assim, ao menos em sua concepção política, estão intimamente relacionadas em “O Liberalismo Político”. A leitura da obra indica, em verdade, que definir uma concepção política de justiça como algo aceito por doutrinas compreensivas é o primeiro passo da solução do problema apresentada por Rawls. E, para que esse ponto seja alcançado, é imprescindível que haja esse “consenso sobreposto” (overlapping consensus), que, juntamente com a ideia de razão pública (public reason), será um dos ingredientes essenciais para alcançar a estabilidade da concepção política (liberal) de justiça (RAWLS, 2007, p. 365-366).

É importante destacar que, para Rawls, o consenso sobreposto será extraído da reunião de doutrinas abrangentes razoáveis, isto é, aquelas que podem ser aceitas, em grande parte de sua extensão, por uma considerável parcela da população. Doutrinas que não sejam razoáveis ou abrangentes – e, portanto, que não guardem afeição ao ideal de liberalismo político, como doutrinas fundamentalistas, ditatoriais e, de qualquer forma, antidemocráticas – não ingressam na formação do consenso.

Assim, uma das principais características do consenso sobreposto é sua ligação à ideia de pluralismo razoável, e não



ao pluralismo em si, formado por doutrinas abrangentes religiosas, filosóficas e morais razoáveis, ainda que conflitantes, e que respeitem os limites dos princípios de justiça (WEBER, 2011, p. 136-137).

Partindo desse pressuposto, todos os cidadãos razoáveis e racionais terão razões suficientes para pactuar com os princípios liberais de justiça por razões compreensíveis presentes em suas razoáveis doutrinas (FREEMAN, 2007, p. 367). A sociedade se torna estável, nesse ponto, justamente pelas razões certas, desde que cidadãos razoáveis acordem com uma concepção de sociedade liberal por razões morais de justiça e de específicos valores compreensíveis de moral a partir de suas próprias visões (FREEMAN, 2007, p. 368).

Segundo Freeman (2007, p. 370), Rawls insiste que o consenso sobreposto não é um *modus vivendi*, uma espécie de segunda melhor solução para todas as controvérsias políticas; ao invés disso, envolve a concordância em alguns princípios liberais a partir da perspectiva de todas as doutrinas razoáveis; é a melhor solução para o problema de encontrar o mais apropriado conceito de justiça em uma sociedade democrática.

Logo, a ideia de razão pública alcança, nos mais profundos níveis, os valores morais e políticos que ligam um governo democrático constitucional aos seus cidadãos e a relação destes entre si, e as ações dos cidadãos devem ser explicadas, uns aos outros, de forma que cada um possa razoavelmente esperar que os demais julguem adequada aquela ação.

Entendido assim o conceito de consenso sobreposto, no que toca à razão pública em si, Rawls (2011, p. 259) assinala que há, de fato, muitas razões não públicas, mas somente uma razão pública. Por razões não públicas são entendidas aquelas de associações de todos os tipos, geralmente com matrizes filosóficas, religiosas e científicas. Mas é exatamente quando a concepção política se apoia em um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes razoáveis que o paradoxo da razão pública desaparece (RAWLS, 2011, p. 257).

A razão pública não se trata, portanto, das razões compreensíveis religiosas, filosóficas ou de doutrinas morais, mas sim é uma espécie de



argumento que pode ser invocado para decidir a natureza e os limites das liberdades constitucionais (FREEMAN, 2007, p. 382). Em consequência, pode haver confusão, por parte dos cidadãos e, principalmente, das autoridades, entre razões públicas e razões não públicas.

Isso porque, não raras vezes, as autoridades (legislativas, executivas ou judiciárias) utilizam espaços públicos para tentar convencer os demais cidadãos de que o ponto de vista apresentado, seja extraído de doutrinas filosóficas, políticas ou morais, é o que deve ser formalmente aceito. Acontece, todavia, que essa tentativa de legitimação pública (diga-se: em um ambiente público) não torna pública uma razão não pública.

Tudo o que se insere no conceito de razão pública pode ser entendido como as razões que as pessoas em uma sociedade compartilham em comum, independentemente de esforços de convencimento, e que as pessoas, em geral, aceitam com essa concepção (FREEMAN, 2007, p. 383).

Assim, uma definição precisa de razão pública foi apresentada por Rawls, após as objeções de Habermas, no ensaio “A ideia de razão pública revisitada”, que foi incorporada como “parte quatro” da versão de “O Liberalismo Político” utilizada na presente pesquisa (RAWLS, 2011, p. 519-583).

Nesse novo ensaio, Rawls esclarece que a ideia de razão pública integra o conceito de uma sociedade democrática constitucional bem-ordenada e embasada em um pluralismo razoável, que possibilita um consenso sobreposto sobre as diversas doutrinas abrangentes. Haveria, então, a substituição da ideia de verdade ou de correção baseada em doutrinas abrangentes por uma ideia do politicamente razoável, dirigida aos cidadãos na condição de cidadãos (RAWLS, 2011, p. 572).

A razão pública, então, como valores morais e políticos que são fundamentais na relação de um governo democrático constitucional com os seus cidadãos, caracteriza-se por cinco aspectos, assim sintetizados por Silveira (2009, p. 75): (i) é aplicada somente às questões políticas fundamentais, como questões constitucionais



essenciais e elementos de justiça básica (ii) sobre as pessoas em um âmbito público, como funcionários de governo (legislativo, executivo e judiciário) e candidatos a cargos públicos; além do mais, (iii) seu conteúdo é dado por uma família de concepções políticas razoáveis de justiça que (iv) deve ser aplicada na forma de lei legítima para um povo democrático (no fórum político público) e, por fim, (v) com base no critério de reciprocidade.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO MODELO DE RAZÃO PÚBLICA

Um traço marcante na obra de Rawls é a assertiva de que, ao discutir elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica, não se deve apelar a doutrinas religiosas e filosóficas abrangentes, mas sim a verdades inequívocas que são amplamente aceitas pelos cidadãos em geral – ou, mais precisamente, ao argumento do politicamente razoável.

Se é certo que o exercício do poder político somente é justificável quando exercido em conformidade com uma Constituição cujos elementos sejam subscritos por todos os seus cidadãos, à luz de princípios e ideias que lhes são aceitáveis, pode-se afirmar que os Poderes Executivo e Legislativo podem, eventualmente, aplicar razões não públicas em suas ações quando não estiver em jogo questões constitucionais essenciais e questões básicas de justiça; já uma corte constitucional, notadamente quanto tem o poder de declarar a inconstitucionalidade de normas, somente pode utilizar a razão pública como motivação de suas decisões (FREEMAN, 2007, p. 386).

De acordo com Quong (2018, p. 10), Rawls aparenta acreditar que a razão pública impõe grandes deveres aos oficiais eleitos, a seus escritórios, ao seu corpo de apoio e aos juízes que o compõem, até porque o local de trabalho dessas pessoas seria, essencialmente, o local da razão pública, o fórum público político – a arena onde os



princípios fundamentais da política e das instituições são moldados e debatidos, onde o poder político coletivo é diretamente exercido.

As democracias contemporâneas, sobretudo em razão da influência da sociedade de informação e da era digital, vivem um novo momento de adaptação. O direito escrito e legislado apresenta, por sua própria natureza, pouca volatilidade ou capacidade de regulamentação a transformações que acontecem com uma velocidade há poucos anos impensada.

E é nesse cenário que o papel das cortes constitucionais, que sempre gozaram de relevante importância para a manutenção do regime democrático, destaca-se ainda mais, já que, em última análise, a elas cabe enfrentar situações complexas (*hard cases*) que não necessariamente encontram balizamento legal e, no caso concreto, entregar um provimento jurisdicional que se adeque à expectativa dos cidadãos e esteja relacionado a esse espírito.

Barroso (2015, p. 25), que atualmente ocupa um dos cargos de Ministro do Supremo Tribunal Federal, a corte constitucional brasileira, destaca que essa conclusão, apesar de contrariar o conhecimento convencional, é simples e facilmente demonstrável: em função de inúmeras circunstâncias que eventualmente paralisam o processo político majoritário (debates no Congresso marcados, muitas vezes, por razões ideológicas não públicas), cabe ao Supremo Tribunal Federal assegurar o governo da maioria e a igual dignidade dos cidadãos.

Assim, a corte constitucional se transforma no local, por excelência, de aplicação da razão pública, já que as decisões de seus membros, em uma democracia constitucional, devem necessariamente ser balizadas pela razão aceita pelos cidadãos destinatários do desfecho; a razão pública, assim, guarda ligação com o consenso sobreposto das doutrinas abrangentes e razoáveis praticadas ou seguidas por aquele corpo social.

A essa conclusão – de que a razão pública é a apropriada para ser a razão do tribunal ao exercer seu papel de intérprete judicial último e que a corte constitucional é o ramo de poder do Estado que seve de caso exemplar da razão pública - chega Rawls



a partir da exposição de cinco princípios do constitucionalismo: (i) o poder constituinte do povo institui uma estrutura para regular o poder ordinário; (ii) a lei mais alta é a expressão do poder constituinte do povo, que obriga e guia o poder ordinário do parlamento e do eleitorado; (iii) uma constituição democrática é a expressão do ideal político de um povo se autogovernar, tendo a razão pública o objetivo de articular esse ideal; (iv) o corpo de cidadãos fixa os elementos constitucionais essenciais e por meio deles pode expressar sua vontade democrática refletida; e (v) em um governo constitucional, o poder supremo não pode ser depositado nas mãos da legislatura, nem mesmo em um tribunal supremo, que é apenas o intérprete judicial de última instância; assim, o poder supremo pertence aos três poderes, em uma relação independente e harmônica, em que cada um deles é responsável perante o povo (RAWLS, 2011, p. 273-275).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem o papel de exercer o controle de constitucionalidade dos atos normativos emanados tanto do Poder Legislativo quanto da chefia do Poder Executivo. É o exercício de sua missão de corte constitucional.

À atividade de controle, em que onze ministros – ou, na verdade, seis, como adverte Barroso (2015, p. 36), exercem um papel preponderante sobre os poderes que foram instituídos por meio do voto (expressão máxima da soberania popular), emprestou-se o rótulo de “dificuldade contramajoritária”.

Sobre o ponto, Barroso (2015, p. 36) adverte que o papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceito e assentado principalmente em dois fundamentos: (i) a proteção dos direitos fundamentais, insuscetíveis de supressão por deliberação política majoritária; e (ii) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. Segundo o Ministro, a maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias.

É exatamente nesse sentido, também, a conclusão de Rawls (2011, p. 276) quando explana que o tribunal não é antimajoritário em



relação à lei mais elevada quando suas decisões estão razoavelmente de acordo com a constituição, com suas emendas e com as interpretações feitas e que tenham sido politicamente determinadas. Assim, o papel da corte constitucional não é apenas defensivo, mas sobretudo o de fazer valer a razão pública de forma apropriada e contínua, assim como de servir de modelo institucional dessa razão.

A APLICAÇÃO DO CONCEITO DE RAZÃO PÚBLICA À ATIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E À VIDA PRIVADA DE SEUS MEMBROS

Na ordem constitucional vigente no Brasil (Constituição da República de 1988), o Ministério Público é "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127). É, assim, ao mesmo tempo, uma instituição e um órgão autônomo do Estado, não integrando nem o governo, nem os governantes, tampouco o Poder Executivo (MAZZILLI, 2015, p. 23).

Vasconcelos (2013, p. 30-31) afirma ser indubitável a conclusão de que os membros do Ministério Público são *agentes públicos* que ingressam na carreira após aprovação em concurso público e, não obstante isso, também são *agentes políticos* em razão da natureza das funções exercidas, da liberdade funcional e do livre exercício das prerrogativas, deveres e vedações estabelecidas pela própria constituição.

Partindo, então, da premissa de que os membros do Ministério Público são agentes políticos incumbidos, inclusive, de promover, excepcionalmente, a defesa de um direito de titularidade alheia (MAZZILLI, 2013, p. 68), questiona-se: (i) as ações e intervenções do Ministério Público, no campo funcional, devem ser pautadas pela razão pública? (ii) O conceito de razão pública estende-se, também, à esfera privada do membro do Ministério Público, como, por exemplo,



em suas manifestações em redes sociais ou em debates não inseridos em um fórum público? (iii) Ao Conselho Nacional do Ministério Público convém recomendar a adoção do conceito de razão pública nas ações ou falas, institucionais ou não ligadas ao exercício da função, de todos os membros do Ministério Público?

Em relação ao primeiro questionamento, parece não haver dúvidas: enquanto órgão integrante de um regime democrático e subordinado exclusivamente a ele (sem vinculação ou submissão aos demais poderes republicanos), o Ministério Público também é, por excelência, *locus* da razão pública, sobretudo porque suas finalidades constitucionais estão diretamente ligadas à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A defesa dos direitos individuais e coletivos, feita pelo Ministério Público, além de estar posta, em sua grande parte, na atuação processual, também ocorre na via extrajudicial, defendendo direitos difusos e coletivos, que evidenciam a resolutividade da efetividade da atuação ministerial (ZIESEMER, 2018, p. 32).

Quando atua, assim, na defesa dos direitos indisponíveis, muitas vezes o faz na contramão da razão não pública majoritária (influenciada por uma doutrina abrangente que, embora razoável, pode ser discriminatória) e em prevalência de setores menos favorecidos, buscando, em última análise, a isonomia constitucionalmente assegurada, mas não vivenciada na realidade social.

Assim, ainda que a atuação do Ministério Público não se faça no âmbito – exclusivo – da corte constitucional, em que os juízes precisam justificar suas decisões com base na constituição e nos precedentes (PARREIRA; TRAMONTINA, 2014, p. 227), também não se dá nos fóruns do Legislativo e do Executivo: a atuação do Ministério Público, portanto, faz-se mediante o uso do direito de ação como instrumento político de participação de grande parcela da população que, marginalizada dos benefícios sociais e sem acesso à Justiça, encontra amparo para ver seus direitos resguardados (MAZZILLI, 2013b, p. 90).



O Ministério Público surge, portanto, como uma figura imprescindível na busca da satisfação dos anseios da parcela excluída da sociedade e se põe em posição de atenção às políticas de distribuição de justiça e mitigadoras das diferenças sociais (GOMES, 2012, p. 108).

Por essas razões, parece adequado supor que, em suas ações concretas e nas atividades ligadas ao exercício funcional, a razão pública deve guiar a atuação do agente ministerial.

Quanto aos dois questionamentos seguintes, é imprescindível, antes da tentativa de apresentar uma resposta adequada, que se entenda a natureza e as atribuições do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

O CNMP passou a integrar a ordem constitucional a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, tendo como função principal o “controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros” (art. 130-A, § 2º, da CRFB).

Criou-se, por assim dizer, por meio da Emenda Constitucional 45, verdadeiro sistema de controle externo sobre o Poder Judiciário (CNJ) e o Ministério Público (CNMP), que, apesar dos questionamentos sobre suas existências, já que nem mesmo o poder constituinte originário previu outro sistema que não o de freios e contrapesos inerentes à separação dos poderes, foram admitidos como constitucionais por meio do julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3.367-DF.^{3,4}

³ Mazzilli (2015, p. 114) afirma que, “ainda que saudáveis mecanismos de freios e contrapesos, cremos que tal criação só seria própria para o Poder Constituinte originário, por alterar significativamente o equilíbrio entre os Poderes, inclusive com a participação de pessoas indicadas por outro poder.”

⁴ EMENTAS: 1. AÇÃO. Condição. Interesse processual, ou de agir. Caracterização. Ação direta de inconstitucionalidade. Propositura antes da publicação oficial da Emenda Constitucional nº 45/2004. Publicação superveniente, antes do julgamento da causa. Suficiência. Carência da ação não configurada. Preliminar repelida. Inteligência do art. 267, VI, do CPC. Devendo as condições da ação coexistir à data da sentença, considera-se presente o interesse processual, ou de agir, em ação direta de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional que só foi publicada, oficialmente, no curso do processo, mas antes da sentença. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reco-



O CNMP, atualmente, tem sua composição delineada no *caput* do art. 130-A da Constituição da República, a saber:

[...] compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: o Procurador-Geral

nhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétreia). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. 3. PODER JUDICIÁRIO. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça. 4. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos art. 102, *caput*, inc. I, letra "r", e § 4º, da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito. 5. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Competência. Magistratura. Magistrado vitalício. Cargo. Perda mediante decisão administrativa. Previsão em texto aprovado pela Câmara dos Deputados e constante do Projeto que resultou na Emenda Constitucional nº 45/2004. Supressão pelo Senado Federal. Reapreciação pela Câmara. Desnecessidade. Subsistência do sentido normativo do texto residual aprovado e promulgado (art. 103-B, § 4º, III). Expressão que, ademais, ofenderia o disposto no art. 95, I, parte final, da CF. Ofensa ao art. 60, § 2º, da CF. Não ocorrência. Arguição repelida. Precedentes. Não precisa ser reapreciada pela Câmara dos Deputados expressão suprimida pelo Senado Federal em texto de projeto que, na redação remanescente, aprovada de ambas as Casas do Congresso, não perdeu sentido normativo. 6. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Membro. Advogados e cidadãos. Exercício do mandato. Atividades incompatíveis com tal exercício. Proibição não constante das normas da Emenda Constitucional nº 45/2004. Pendência de projeto tendente a torná-la expressa, mediante acréscimo de § 8º ao art. 103-B da CF. Irrelevância. Ofensa ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Impedimentos já previstos à conjugação dos arts. 95, § único, e 127, § 5º, II, da CF. Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido aditado. Improcedência. Nenhum dos advogados ou cidadãos membros do Conselho Nacional de Justiça pode, durante o exercício do mandato, exercer atividades incompatíveis com essa condição, tais como exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério, dedicar-se a atividade político-partidária e exercer a advocacia no território nacional.



da República, que o preside; quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras; três membros do Ministério Público dos Estados; dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.”⁵

Promotor de Justiça no Estado de Santa Catarina. Ziesemer (2017, p. 1) expõe que, não obstante as várias composições que passaram pelo CSMP, o órgão – de controle - ainda carece de uma identidade definida e, embora tenha alcançado inegáveis e importantes avanços no campo administrativo e funcional, tem exercido, sobretudo ao orientar a adoção de determinadas posturas, um controle que tem, de certa forma, sufocado o órgão originário.

A Recomendação de Caráter Geral nº 01, de 3 de novembro de 2016, que dispõe sobre a liberdade de expressão e o uso das redes sociais por parte dos membros do Ministério Público pode ser utilizada como exemplo.

⁵ Sobre a composição do Conselho Nacional e a proporcionalidade no número de seus integrantes, em artigo publicado na Revista do Ministério Público Militar, elaborado em coautoria com o Professor Henrique da Rosa Ziesemer (2017b, p. 141-142), tecemos os seguintes comentários: Enquanto, no ano de 2016, membros dos MPEs e do MPDFT (11.080 membros) instauraram 201.346 procedimentos extrajudiciais, esse número foi de 100.128 no âmbito do MPF, MPM e MPT (2.007 membros). Na parte judicial, a realidade é bem diversa: MPEs e MPDFT receberam, para análise, 20.861.563 processos ou procedimentos previamente registrados no Poder Judiciário; já no bloco formado por MPF, MPM e MPT, esse número foi de 1.569.646. A partir desses números, a simples média aritmética revela o porquê da dificuldade de atuar de forma mais proativa, deixando o gabinete em segundo plano, pelos membros dos MPEs e do MPDFT: a média de processos ou procedimentos judicializados recebidos, no ano de 2016, foi de 1.882 para cada membro; no MPF, MPM e MPT, o número médio foi de 782, ou seja, praticamente 1/3 do volume suportado pelos “outros” Ministérios Públicos. Não se trata, por óbvio, de questionar a efetividade, pelo viés numérico, da atuação do Ministério Público da União. Longe disso. A abordagem estatística serve, especialmente, para indicar que a complexidade da questão passa longe da aplicação do aforismo lançado pelo Conselho Nacional, sobretudo em razão da pluralidade de atribuições e da natureza histórica de atuação de cada Ministério Público dentro de cada unidade da Federação.



Veja-se, a propósito, que o próprio Rawls adverte ser necessária a distinção entre o modo como o ideal de razão pública se aplica aos cidadãos comuns e o modo como se aplica às diversas autoridades estatais (2011, p. 254) e, de maneira especial, ao Poder Judiciário, sobretudo ao tribunal supremo de uma democracia constitucional – conceito que estendemos, neste ensaio, às ações funcionais do Ministério Público.

Na citada recomendação, o Conselho Nacional tece as seguintes considerações antes de deliberar sobre o conteúdo do ato:

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO, A MANIFESTAÇÃO EM REDES SOCIAIS E O USO DO E-MAIL INSTITUCIONAL POR MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO:

CONSIDERANDO o direito de liberdade de expressão e de pensamento e o dever de os membros do Ministério Público manter conduta ilibada, nos aspectos público e privado, inclusive nas redes sociais, em respeito à dignidade das funções;

CONSIDERANDO o amplo alcance das manifestações nas redes sociais e a necessidade de se preservar a imagem, a dignidade e o prestígio do Ministério Público e dos seus membros e servidores;

CONSIDERANDO que as redes sociais, em razão da sua natureza, permitem a divulgação exponencial do conteúdo, de forma permanente, ainda que compartilhado inicialmente com um grupo restrito de usuários;

CONSIDERANDO, ademais, a necessidade de os membros do Ministério Público adotarem cautelas antes de realizar publicações, comentários ou compartilhar conteúdo em seus perfis pessoais nas redes sociais, tendo em vista que a natureza dessas ferramentas traz, entre outras, as seguintes implicações: a) diversamente da conversação direta, as comunicações nas redes sociais, na falta de sinais vocais e visuais, podem ser tomadas fora do contexto, mal interpretadas e divulgadas incorretamente; b) as linhas entre o público e o privado, o pessoal e o profissional não são claras, de modo que, mesmo que o usuário não se identifique como membro do Ministério Público em seu perfil



pessoal, os seus comentários podem facilmente ser vinculados à Instituição em razão da posição pública por ele ocupada no meio social;

E, no que importa ao ponto em debate, fixa as seguintes diretrizes orientadoras:

B) DIRETRIZES SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO, A MANIFESTAÇÃO EM REDES SOCIAIS E O USO DE E-MAIL FUNCIONAL POR MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO:

VIII – É dever do membro do Ministério Público guardar decoro pessoal e manter ilibada conduta pública e particular que assegure a confiança do cidadão (artigo 37, caput da CR/1988), sendo que os conseqüências de se externar um posicionamento, inclusive em redes sociais, não podem comprometer a imagem do Ministério Público e dos seus órgãos, nem violar direitos ou garantias fundamentais do cidadão.

IX – O membro do Ministério Público deve tomar os cuidados necessários ao realizar publicações em seus perfis pessoais nas redes sociais, agindo com reserva, cautela e discrição, evitando-se a violação de deveres funcionais.

X – O membro do Ministério Público deve evitar, em seus perfis pessoais em redes sociais, pronunciamentos oficiais sobre casos decorrentes de sua atuação funcional, sem prejuízo do compartilhamento ou da divulgação em seus perfis pessoais de publicações de perfis institucionais ou de notícias já publicadas oficialmente pelo Ministério Público.

XI – Os membros do Ministério Público devem evitar publicações em redes sociais que possam ser percebidas como discriminatórias em relação à raça, gênero, orientação sexual, religião e a outros valores ou direitos protegidos, e que possam comprometer os ideais defendidos pela Instituição.

[...]

C) DIRETRIZES FINAIS:

XIII – As diretrizes expostas neste documento aplicam-se, no que for compatível, aos servidores e aos estagiários do Ministério Público.



Partindo do viés exposto pelo CNMP, parece não haver dúvidas de que, para o órgão de controle externo, a resposta às indagações (ii) e (iii) seria positiva: o conceito de razão pública estende-se, também, à esfera privada do membro do Ministério Público, convindo àquele recomendar a adoção do conceito de razão pública nas ações ou falas, institucionais ou não ligadas ao exercício da função, de todos os membros do Ministério Público.

Acontece que a baliza não é tão simples de ser seguida: a uma porque parece haver, em certa medida, colisão com a garantia fundamental prevista no inciso 5º, inciso IV, da CRFB;⁶ a duas porque a recomendação, que pode ser vista com conteúdo repressivo, antecipa-se à própria ação do indivíduo, aproximando-se, em certa medida, a uma censura preliminar sob o pálio da prevenção geral; e, finalmente, a três, porque parece trazer a necessidade de aplicação do conceito de razão pública inclusive em locais que não lhe são compatíveis (os fóruns públicos, na visão de Rawls, não são quaisquer ambientes de discussão – reais ou virtuais, adequando-se a teoria ao desenvolvimento atual dos meios de comunicação).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a pesquisa efetuada, buscou-se demonstrar que o ideal de razão pública, nascido a partir da confluência da pluralidade das doutrinas abrangentes razoáveis existentes em uma sociedade liberal democrática, é satisfeito quando os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público agem a partir da ideia de razão pública, vale dizer, quando suas ações são justificáveis por essa razão e, assim, aceitas pelos cidadãos, considerados em suas generalidades, e como instrumentos de manutenção do regime democrático.

⁶ É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.



Esse é o ponto, aliás, que justifica, em boa medida, que o Ministério Público adote uma posição por vezes contramajoritária, já que nem sempre as razões invocadas pelos congressistas, em suas deliberações, baseiam-se na razão pública – mas sim em razões não públicas individualmente consideradas relevantes. Essa circunstância aproxima a defesa dos interesses difusos, em juízo, por parte do Ministério Público, daquela parcela da população geralmente excluída das deliberações majoritárias – mas cujo respeito é essencial à manutenção da ordem democrática. Ou seja: a razão pública que, por vezes, justifica a tomada de decisões pelas cortes constitucionais também serve de parâmetro de atuação dos membros do Ministério Público.

Indo adiante na discussão, concluiu-se que, ao menos aparentemente, o Conselho Nacional do Ministério Público, em sua Recomendação de Caráter Geral n. 01/2016, buscou trazer o conceito de razão pública não só às atividades do Ministério Público enquanto instituição, mas, também, como parâmetro de atuação de seus membros em suas relações privadas – como, por exemplo, em manifestações lançadas em redes sociais. A conclusão, por óbvio, é apenas superficial e sujeita a críticas (que serão bem-vindas), já que o objetivo, longe de questionar a validade de uma norma expedida por um órgão de controle, é fomentar a discussão em torno do tema.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 5, número especial, p. 23-50, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação de caráter geral nº 1, de 3 de novembro de 2016. Dispõe sobre a liberdade de expressão, a vedação da atividade político-partidária, o uso das redes sociais e do e-mail institucional por parte dos Membros do Ministério Público e estabelece diretrizes orientadoras para os Membros, as Escolas, os Centros de Estudos e as Corregedorias do Ministério-



rio Público brasileiro. *Portal do Conselho Nacional do Ministério Público*, Brasília, DF, 4 nov. 2016. Disponível em: http://200.142.14.29/portal/images/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_01-2016_-_ap%C3%B3s_alterar%C3%A7%C3%B5es.pdf. Acesso em: 27 set. 2018.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.367*. Requerente Associação dos Magistrados Brasileiros e Requerido Congresso Nacional. Relator: Ministro Cezar Peluso, 13 de abril de 2005. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3367%2ENU-ME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3367%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b5wxjj5>. Acesso em: 27 set. 2018.

FREEMAN, Samuel. *Rawls*. New York: Taylor & Francis e-Library, 2007.

GOMES, Gutemberg Xavier dos Santos. A teoria da justiça de John Rawls e a intervenção do Ministério Público nas ações afirmativas: um estudo de caso. *Revista Eletrônica do Ministério Público de Goiás*, v. 3, p. 97-114, 2012.

GREENAWALT, Kent. On Public Reason. *Chi.-Kent L. Rev.*, v. 69, 1994.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 26. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: SARAIVA, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: SARAIVA, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ministério Público*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.



QUONG, Jonathan. Public Reason. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2018. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/public-reason/>. Acesso em: 24 set. 2018.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Edição ampliada. Tradução: Álvaro Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SILVEIRA, Denis Coitinho. O papel da razão pública na teoria da justiça de Rawls. *Filosofia Unisinos*, v. 10, n. 1, p. 65-78, jan./abr. 2009.

TRAMONTINA, Robison; PARREIRA, Anny Marie Santos. O Supremo Tribunal Federal (STF) como locus da razão pública. *Revista de Direito Brasileira*, ano 4, v. 8, p. 213-232, maio/ago. 2014.

VASCONCELOS, Clever. *Ministério Público na Constituição Federal. Doutrina e Jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WEBER, Thadeu. Autonomia e Consenso Sobreposto em Rawls. *Ethic@. An international Journal for Moral Philosophy*, Florianópolis, v. 10, n. 3, p. 131-153, dez. 2011.

ZIESEMER, Henrique da Rosa. *Direito Institucional*. Comentários ao Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ZIESEMER, Henrique da Rosa. *Interesses e Direitos Difusos e Coletivos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

ZIESEMER, Henrique da Rosa; BARBIERO, Diego Roberto. O papel constitucional do Conselho Nacional do Ministério Público e a necessidade de ampliação do diálogo interinstitucional para o fortalecimento da federação. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília: Procuradoria-Geral e Justiça Militar, ano 42, n. 27, p. 131-150, nov. 2017.



O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO À LUZ DA RAZÃO PÚBLICA DE RAWLS

Eduardo Puhl¹

INTRODUÇÃO

A Democracia é a base para as discussões entre as diversas correntes políticas contemporâneas, bem como para a manutenção do respeito aos direitos fundamentais inerentes a todos os cidadãos, seja pela força da escolha da maioria, seja pela atuação contra majoritária de um tribunal em respeito aos direitos das minorias.

Emerge, portanto, a importância de uma estabilidade/segurança jurídica que proporcione a todas as pessoas a execução de suas tarefas e trabalhos sem as surpresas das mudanças abruptas de entendimento dos tribunais acerca de um assunto específico, tampouco de alterações legislativas que ocorram motivadas por clamor público ou pressão da mídia.

É a partir dessa base, da importância que a Democracia tem para a manutenção dos direitos fundamentais mais caros para todas as pessoas, que este estudo encontra justificativa. As já citadas mudanças de entendimento, tanto quanto as alterações legislativas, notadamente aquelas que ocorrem de maneira abrupta, causando surpresa para a população, ensejam um controle adequado. E, para delimitar o presente trabalho, abordar-se-á a jurisdição constitucional.

A jurisdição constitucional é o meio pelo qual é feito o controle sobre a Constituição. No Brasil este controle é realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Nos termos do art. 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cabe ao STF a guarda da Constituição. Mas quando, por exemplo, o STF altera o entendimento acerca de

¹ Especialista em Direito Público e Privado pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; mestrando em Direitos Fundamentais na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Servidor público do Estado de Santa Catarina.



um assunto de maneira abrupta, “represtinando” um entendimento anterior, a segurança jurídica do povo em relação ao poder do Estado fica comprometida. E para sair da abstração cita-se aqui, como caso concreto, a mudança de entendimento do STF em relação ao estado de inocência e ao cumprimento provisório da pena no paradigmático HC 126.292, relativizando não somente a segurança, mas também e mais contundentemente a liberdade.

Diante dessa instabilidade jurídica surge, então, a pergunta: Quem deveria ser o guardião da Constituição? O objetivo geral deste ensaio é revisar os argumentos de Hans Kelsen e Carl Schmitt, que na primeira metade do século XX travaram o famoso debate defendendo seus pontos de vista sobre quem deveria ser o guardião da Constituição.

No intuito de atingir o objetivo proposto, será utilizada uma metodologia dialética e dedutiva, sem prejuízo de outras que se fizerem necessárias. Para enriquecer este debate, o traremos à luz da Razão Pública proposta por John Rawls na segunda metade do século XX, tendo em vista que, para esse autor, num regime constitucional com revisão judicial a razão pública é a razão de seu Supremo Tribunal.

O PRESIDENTE DO REICH COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

Carl Schmitt traz na obra intitulada “O Guardião da Constituição” a afirmação de que esta responsabilidade recairia sobre o Presidente do Reich. Caberia ao Presidente, e somente a ele, dizer sobre a constitucionalidade ou não da norma questionada. A jurisdição constitucional seria exclusiva do Presidente do Reich e este poder decorre da visão que Carl Schmitt tinha da própria constituição, a qual não seria apenas um simples conjunto de leis constitucionais, mas seria, na verdade, a decisão consciente de uma unidade política que define o modo e a forma de sua existência, conforme explicou



Gilmar Ferreira Mendes no prefácio da versão brasileira (SCHMITT, 2007, p. xi).

Ao dissertar sobre o embasamento democrático da posição do Presidente do Reich, Schmitt afirma que os juízes não tinham de forma alguma, naquele Estado, o objetivo de criar um titular da correta vontade política, mas sim de delimitar e garantir uma esfera de justiça vinculada à lei dentro do ser estatal ordenado (SCHMITT, 2007, p. 229).

O soberano – Presidente do Reich – seria, necessariamente, o operador político supremo, podendo intervir a qualquer momento sobre o mundo jurídico, pois ele representa um poder que não se submete nem deriva de nenhum outro, emulando um poder ilimitado que não pode ser suprimido por nenhum poder ou norma (PINTO, 2015, p. 107).

Como o Presidente do Reich tem o poder de decisão, necessário abordar a questão da decisão judicial. Para Schmitt, a sentença judicial é a subsunção do fato à norma, determinada previamente pela lei. Assim, o Poder Judiciário não poderia estar acima da lei. Na sua concepção, uma norma jurídica não poderia ser defendida por outra norma jurídica. O que acontece, nesse caso, é a aplicação da norma a um conteúdo, e o problema é do conteúdo das normas jurídicas. Como consequência o problema é da legislação, e não da justiça (BERCOVICI, 2003, p. 195).

A resistência de Carl Schmitt em relação ao controle constitucional de constitucionalidade está atrelada à sua concepção de Constituição – esta só seria válida quando proveniente e estabelecida pela vontade do poder constituinte. A norma vale porque foi positivada segundo uma vontade existente, cuja unidade e ordenação residem na unidade política do Estado.

Para Schmitt, um conceito de Constituição só é possível se este for distinto da noção de lei constitucional. Em sentido positivo, a Constituição surge mediante ato do poder constituinte, que por um único momento de decisão contém a totalidade da unidade política, cuja validade decorre da vontade política do poder constituinte. A lei constitucional, entretanto, vale com fundamento na Constituição e



toda lei, inclusive a constitucional, necessita de uma decisão política prévia para se tornar válida (BERCOVICI, 2003, p. 196).

O conceito de Constituição do Estado de Direito seria o conceito ideal de Constituição para Schmitt. O Estado de Direito, entretanto, só integraria uma de suas partes; a outra parte versa sobre a decisão, sobre a forma de decisão política, de modo que a separação de poderes e direitos fundamentais não fariam parte do conteúdo político essencial da Constituição (BERCOVICI, 2003, p. 196).

A decisão política, que repousa nas mãos do Presidente do Reich, encontra legitimidade na homogeneidade do povo, que segundo Carl Schmitt, é a característica essencial da Democracia, que tenta realizar a identidade entre governantes e governados, onde o Estado passa a ser a auto-organização da sociedade. A neutralidade e a não-intervenção do Estado são abandonadas, tornando-se um Estado total, onde os partidos políticos inviabilizam a tomada de decisões. Somente com uma autoridade política estável e alocada fora dos partidos políticos e forças sociais haveria efetivação das garantias constitucionais (BERCOVICI, 2003, p. 197).

Nesse diapasão, as violações à Constituição poderiam ser solucionadas por um poder político máximo, situado acima de todos, ou que não é superior aos outros, mas que tenha a função de coordená-los, ou seja, um poder neutro. Esse poder estaria no nível de todos os poderes constitucionais - cuja atribuição especial seria garantir o funcionamento dos demais poderes e da própria Constituição - e estaria nas mãos do Presidente do Reich eleito por toda a nação (BERCOVICI, 2003, p. 197).

Segundo Furlan (2010, p. 131), Schmitt compreende que o guardião da Constituição não estaria acima dos outros poderes constitucionais, mas ao lado, em uma relação de coordenação e que esse guardião não teria uma atuação contínua e regulamentadora, mas apenas intermediária, defensora e reguladora, atuando somente em momentos de emergência.

Além do poder neutro, o Presidente do Reich também tem uma função de integração política, pois representa a unidade política



de todo o Estado. Este poder garante uma independência política, semelhante à do juiz, o que assegura uma participação autônoma e positiva do Presidente na orientação ou influência sobre a vontade política. Dessa forma, o Presidente do Reich não garantiria apenas a Constituição, mas também do povo como conjunto político. Ele seria o protetor e o guardião da unidade da Constituição e da integridade na nação (BERCOVICI, 2003, p. 197).

Quando Schmitt propõe a soberania como um poder máximo, juridicamente independente, o que se tem é um amplo e consistente pano de fundo teórico político explicitando as relações entre direito e poder, e é nesse contexto que o conceito de guardião da constituição precisa ser lido (PINTO, 2015, p. 108).

Entre os motivos que levaram Schmitt a escolher o Presidente do Reich como guardião da Constituição, pode-se visualizar o que segue: o Presidente ocuparia uma posição de neutralidade e independência político partidária; gozaria de relativa estabilidade; teria poderes suficientes para atuar em caso de necessidade; o princípio democrático seria preservado diante da eleição do Presidente pelo povo e que o Presidente representaria um contrapeso diante do pluralismo de grupos sociais e econômicos de poder (FURLAN, 2010, p. 131-132).

Como representante do decisionismo, Schmitt sempre combateu a ideia de um tribunal constitucional. Afirmava que uma corte com poderes de declaração de inconstitucionalidade de leis e de suspensão de eficácia de leis inconstitucionais, composta por homens a partir de uma proporcionalidade partidária, não poderia ser considerada uma corte judiciária (LIMA, 2003, p. 205).

Um dos fundamentos aduzidos por Schmitt para negar o tribunal constitucional é de que poderia haver equívoco quanto à definição de Estado de Direito, em que todas as questões poderiam ser levadas à análise judicial, inclusive questões políticas, as quais seriam assuntos exclusivos do legislador e não do judiciário (FURLAN, 2010, p. 133), além de que as revisões dos atos do legislativo por um Tribunal Constitucional seriam uma afronta à separação dos poderes (FURLAN, 2010, p. 135).



Carl Schmitt parte de uma radical divisão ente o político e o jurídico, sob pena de implicar uma visão contrária capaz de descaracterizar a natureza da decisão política fundamental, que deve garantir a unidade da Constituição. Toda decisão judicial já está contida na lei, sendo obtida por dedução. Com efeito, a jurisdição não produziria direito, sendo esta uma prerrogativa exclusiva do legislador enquanto decisão política (CHAHRUR, 2015, p. 59).

Dessa forma, entendendo que a atividade se limita simplesmente ao mero exercício de subsunção da norma a um fato concreto, não pode a atividade jurisdicional assumir o dever de julgar eventual inconstitucionalidade de leis ordinárias, pois não haveria mais subsunção de norma ao fato, e sim à outra norma de hierarquia superior (CHAHRUR, 2015, p. 60).

Diante das proposições feitas por Schmitt, a ideia de o Presidente do Reich para ser o Guardiã da Constituição, proposta tão combatida por Kelsen, parece aparentar incompatibilidade com a razão pública proposta por Rawls. Com isso ganha importância a análise do Tribunal Constitucional como Guardiã da Constituição e se este seria um *locus* para a razão pública.

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

A garantia jurisdicional da constituição, ou seja, a jurisdição constitucional, é um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por finalidade garantir o exercício regular das funções estatais, além de ter um caráter jurídico, pois consistem em atos jurídicos. Estes atos podem criar direito – normas jurídicas – ou então executar direitos, cujas normas jurídicas foram previamente estabelecidas pelo Ordenamento (KELSEN, 2013, p. 123-124).

Essas duas funções, de criação e execução do direito, não se opõem de maneira absoluta. Cada uma delas se apresenta, na



verdade, como um ato de criação e de aplicação do direito. Não são duas funções coordenadas, mas sim duas etapas hierarquizadas do processo de criação do direito, típicas da formação da vontade coletiva do Estado (KELSEN, 2013, p. 125).

Segundo Kelsen (2013, p. 126), no caminho que o direito percorre, desde a Constituição até os atos de execução, a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termo: a parte da aplicação aumenta e a da livre criação diminui. Enquanto Constituição e leis são normas jurídicas gerais, a sentença constitui uma norma jurídica individual. Assim, a ideia de regularidade se aplica a cada grau, pois a regularidade nada mais é do que a relação de correspondência de um grau inferior com um grau superior da ordem jurídica.

Nesse sentido, as garantias da legalidade e da constitucionalidade das leis são tão concebíveis quanto as garantias da regularidade dos atos jurídicos individuais. As garantias da Constituição significam, portanto, garantias da regularidade das regras subordinadas à Constituição, essencialmente garantias da constitucionalidade das leis (KELSEN, 2013, p. 126).

A noção de Constituição, por sua vez, traz uma ideia de princípio supremo que determina a ordem estatal inteira e a comunidade constituída por essa ordem. Ela é o fundamento do Estado, sua base jurídica. É um princípio em que se manifesta juridicamente o equilíbrio das forças jurídicas no momento considerado, que rege a elaboração das leis e normas gerais para o exercício da atividade estatal (KELSEN, 2013, p. 130).

Depois de estabelecido o conteúdo da Constituição e a consequente necessidade de sua manutenção, surge para Kelsen, caso não mantida essa ordem, o fenômeno da inconstitucionalidade, que pode ser formal, quando desrespeitada a forma de sua confecção ou material, quando tiver conteúdo divergente com o disposto na constituição (KELSEN, 2013, p. 132).

Kelsen (2013, p. 150) passa, então, a discorrer sobre quem deveria ser o órgão responsável por anular os atos em desconformidade com a Constituição. Afirma que não poderia ser o parlamento, pois



este teria a função de criador e não de aplicador do direito. A partir daí defende a ideia de um órgão autônomo, com a tarefa de realizar o controle de constitucionalidade: um Tribunal Constitucional.

A necessidade de um órgão independente é reafirmada por Kelsen, ao ressaltar que é tão difícil quanto desejável desvincular a jurisdição constitucional da influência política, sendo que seus membros deveriam ser nomeados pelo legislativo, após apresentação pela Administração (KELSEN, 2013, p. 154).

Para contextualizar a proposta de um Tribunal Constitucional conforme o pensamento de Kelsen, deve-se lembrar de que na Alemanha do início do século XX o constitucionalismo operava a submissão do direito à política, invertendo a possibilidade de um Estado Democrático de Direito e que as construções teóricas para uma democracia liberal perdiam importância. Esse decisionismo político era fruto de reflexões antidemocráticas que excluía a participação de outros atores sociais em processos decisórios, inclusive judiciais (LIMA, 2003, p. 203).

Esse era o decisionismo defendido por Carl Schmitt, que entendia que, em casos mais importantes, o poder de decisão tinha de ser centralizado no Presidente do Reich, o qual representava a unidade e integração bem como a vontade geral do povo, e que por isso somente ele poderia dizer sobre a constitucionalidade das normas por ser esta uma decisão política, já que na aplicação do direito pelo juiz não existiria criação de direito, apenas subsunção da norma ao fato.

O fato de Schmitt identificar o Estado alemão uma unidade indivisível e homogênea de todo o povo e que transfere para o Presidente do Reich a missão de defender essa unidade não passa de uma ficção na visão de Kelsen, pois esta ideia de vontade geral não existe, da mesma forma que uma eleição não ofereceria nenhuma garantia (FURLAN, 2017, p. 137).

Conforme assinalado por Chahrur (2015, p. 64), Kelsen antevia a ameaça que o Presidente do Reich oferecia à própria Constituição estabelecida, afirmando que aquele com maior oportunidade de cometer uma violação não poderia ser conduzido ao posto de guardião: "ninguém pode ser juiz em causa própria".



Schmitt entendia que o controle judicial de constitucionalidade somente poderia existir em um Estado Judicialista, em que a totalidade da política fosse submetida ao controle dos tribunais, cuja consequência não seria a judicialização da política, mas a politização da justiça (BERCOVICI, 2003, p. 196).

Uma das críticas tecidas por Kelsen à Schmitt diz respeito à essa concepção de Schmitt sobre o judiciário, que seria um mero aplicador do direito de acordo com o fato pré-determinado pelo legislador. Ao contrário do que defendia Schmitt, Kelsen entendia que no momento em que o legislador confere ao juiz, dentro de limites determinados pelo ordenamento jurídico, a ponderação sobre interesses contrários e a decisão para decidir estes conflitos, o legislador também estaria possibilitando ao juiz a criação do direito, conferindo à função judicial o mesmo caráter político. Para Kelsen, esse conflito jurídico seria, na verdade, um conflito político de poder (LIMA, 2003, p. 205).

Kelsen percebia que a luta pela implementação da jurisdição constitucional possibilitaria o fortalecimento da democracia. Esta era entendida como a possibilidade de diferentes atores sociais enfrentarem o Estado numa arena em que o poder deste Estado fosse relativizado (LIMA, 2003, p. 207).

Para Kelsen, o caráter democrático do Tribunal seria resguardado pela nomeação dos seus membros, bem como levando em consideração suas posições jurídicas, admitindo inclusive a admissão de seus membros por meio de eleição, ainda que entenda ser ideal uma composição mista, composta por membros do governo, parlamentares e juízes de carreira (FURLAN, 2017, p. 138).

Kelsen afirma que a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos que vão delimitar o exercício do poder e que a garantia da Constituição significa que esses limites pré-estabelecidos não serão ultrapassados (KELSEN, 2013, p. 240).

As garantias, por sua vez, referem-se às garantias da responsabilização pessoal do órgão que aplicou a lei. Em relação a todas as garantias apresentadas, Kelsen afirma que a anulação



do ato inconstitucional é a que representa a principal e mais eficaz garantia da Constituição (KELSEN, 2013, p. 148).

Ao propor que o guardião da Constituição seja um Tribunal Constitucional, e que este tribunal poderia ser composto inclusive por membros escolhidos por meio de voto, parece haver, nesse ponto, um lugar para o pluralismo, para o debate. Esse pluralismo parece conduzir a uma ideia mais coletiva, da razão de muitos em detrimento de uma decisão monocrática.

A RAZÃO PÚBLICA DE JOHN RAWLS

A ideia de razão pública que John Rawls nos traz é de que todo agente razoável e racional, seja indivíduo, família, associação ou sociedade política, tem uma maneira de colocar seus planos ordenados de acordo com suas prioridades para a tomada de decisão e que a forma como realiza isso é a sua razão (RAWLS, 2000, p. 261).

O pluralismo razoável rawlsiano é uma das principais características da cultura política de uma sociedade democrática. Esse pluralismo é uma marca das sociedades modernas democráticas, que comportam uma diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes e razoáveis, sendo condição necessária desses tipos de sociedades (TRAMONTINA; PEREIRA, 2014, p. 214).

Rawls afirma que nem todas as razões são públicas e exemplifica citando as razões não-públicas de igrejas, universidades e outras associações civis. Segundo o autor, a razão pública decorre da razão dos cidadãos, daqueles que compartilham o *status* da cidadania igual; é uma característica de um povo democrático, cujo objetivo é o bem público (RAWLS, 2000, p. 261).

A razão pública de Rawls, dessa forma, apresenta teria três características: 1) enquanto razão dos cidadãos, é a razão do público; 2) seu objeto é o bem público e as questões de justiça fundamental; 3) seus conceitos e natureza são públicos, determinados pelos ideais e princípios expressos pela ideia de justiça política da sociedade (RAWLS, 2000, p. 262).



Este conceito de razão pública está intimamente ligado ao fundamento de uma sociedade democrática justa e se apresenta como imparcialidade na teoria da justiça, tanto para aplicação no âmbito institucional, no ato da decisão das instituições públicas que são regulamentadas por uma Constituição democrática, quanto no ato individual, da pessoa que professa seus valores e realiza a defesa de seus interesses de maneira a exercitar seu dever de civilidade. Essa razão necessita da virtude política, tão necessária para a construção de instituições políticas justas (BONFIN; PEDRON, 2017, p. 210).

Exercitar o ato de dar e pedir razões é parte do dever de civilidade e constitui papel central da razão pública. Não é somente dar e aceitar razões. É necessário cobrar, fiscalizar e verificar a legitimidade de dada decisão com base na justificção pública das instituições democráticas (BONFIN; PEDRON, 2017, p. 210).

Dessa forma, numa sociedade democrática, a razão pública se apresenta como a razão dos cidadãos iguais que exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar a constituição enquanto corpo coletivo, cujos limites não se aplicam a todas as questões políticas, mas apenas aquelas que envolvem elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica. Para Rawls, muitas questões públicas não dizem respeito a problemas essenciais e que somente valores políticos devem resolver questões fundamentais – como quem tem direito a voto, liberdade religiosa, quem tem direito a ter propriedade, por exemplo – são objetivos da razão pública (RAWLS, 2000, p. 263).

Como nem todas as razões são públicas, sua delimitação se faz necessária. Rawls entende que deve haver um limite para a razão pública por considerar mais importante as questões políticas que dizem respeito às questões mais fundamentais, admitindo ser extremamente desejável solucionar as questões políticas invocando os valores da razão pública, mesmo que nem sempre isso seja possível e afirma que os limites da razão pública não se aplicam às deliberações pessoais sobre questões políticas. O ideal de razão pública se aplica aos cidadãos quando atuam na argumentação política no fórum público



e, conseqüentemente, aos partidos e candidatos em campanha. Caso contrário, o discurso público correria o risco de se um discurso hipócrita (RAWLS, 2000, p. 264).

A partir daí percebem-se os elementos constitucionais essenciais que, na visão de Rawls, são os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político, bem como os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar (RAWLS, 2000, p. 277).

Do processo político emerge o poder político, que sempre é um poder coercitivo - é o poder do público (RAWLS, 2000, p. 265). Este deve ser legítimo e respeitar um dever de civilidade (um dever moral, não legal), de explicar aos outros como as políticas e os princípios que se defende e nos quais se vota podem ser sustentados pelos valores políticos da razão pública (RAWLS, 2000, p. 266).

A união do dever de civilidade com os valores do político produz o ideal de cidadãos governados a si mesmos, de modo que as pessoas acreditam que os outros poderiam aceitar o que fosse razoável e esse ideal de razão pública é defendido pelos cidadãos não por causa de uma vantagem política, mas em decorrência das suas próprias razões (RAWLS, 2000, p. 267).

No que tange às questões políticas fundamentais logo vem a ideia de democracia. Um ponto de vista seria o governo da maioria e que esta poderia fazer o que quisesse. Outro seria de que as pessoas poderiam votar naquilo que entendem certo ou verdadeiro, sem levar em conta as razões públicas. Para Rawls, nenhum destes pontos de vista reconhece o dever de civilidade nem respeita os limites da razão pública ao votar questões constitucionais essenciais e de justiça básica. A razão pública, com seu dever de civilidade, deveria promover o bem comum (RAWLS, 2000, p. 268-269).

Aqui, Rawls sugere que o ideal, se não a ideia, da razão pública requer um mínimo social decente, mas também as instituições de uma democracia deliberativa, se esse ideal for realizado na vida política. Rawls não diz que uma democracia não pode ser governada por razões públicas em qualquer grau, mas acredita que algo essencial ao raciocínio



público está faltando na ausência de uma democracia deliberativa. Razão pública é o modo de discurso em uma democracia deliberativa e uma de suas características mais essenciais (FREEMAN, 2004, p. 2034).

A democracia deliberativa leva aos fóruns de discussão da razão pública. Ao citá-los, Rawls afirma que o ideal da razão pública se aplica às diversas autoridades do Estado, como legisladores e poder executivo e, especialmente, ao judiciário – sobretudo ao supremo tribunal – numa democracia constitucional com controle de constitucionalidade, cuja necessidade de justificar as decisões judiciais faz do tribunal um caso exemplar de razão pública (RAWLS, 2000, p. 265).

Num regime constitucional com controle judicial da constitucionalidade das leis, a razão pública é a razão de seu supremo tribunal (RAWLS, 2000, p. 281). Sua finalidade, ao aplicar a razão pública, seria a de evitar que a lei seja corroída pela legislação de maiorias transitórias. Ao fazê-lo, o tribunal poderia ser considerado contramajoritário em relação à lei ordinária, mas não estaria sendo antidemocrático; a autoridade do povo lhe dá esta sustentação. Em relação à lei mais alta, entretanto, o tribunal não é contramajoritário quando suas decisões estão razoavelmente de acordo com a constituição em si (RAWLS, 2000, p. 284).

Afirmar que a Suprema Corte é a instituição exemplar da razão pública significa também que é função dos juízes desenvolverem as melhores interpretações sobre a Constituição. Neste ponto, a melhor interpretação é aquela que se coaduna com os materiais constitucionais e que se justificam com a concepção pública de justiça (RAWLS, 2000, p. 286).

Rawls afirma, com isso, que os juízes não podem decidir com base na sua moralidade particular, nem levar em conta suas visões religiosas ou filosóficas. Eles devem apelar para os valores políticos que entendem fazer parte da concepção pública e dos valores de justiça e razão pública. São valores de boa-fé, de dever de civilidade, que sejam apoiados por todos os cidadãos razoáveis e racionais (RAWLS, 2000, p. 287).

A Constituição não é, portanto, o que a Suprema Corte diz que ela é. A Constituição é o que o povo - agindo constitucionalmente



por meio de outros poderes - permite que a Corte diga o que ela é (RAWLS, 2000, p. 288). Em outras palavras, apesar do papel especial que a Corte represente, outros ramos do Estado podem ser fóruns de princípio para debater questões constitucionais (RAWLS, 2000, p. 291).

Ao levar a discussão para o âmbito dos tribunais, Rawls afirma que ele será o centro das controvérsias, fazendo com que a discussão política tenha de ser tratada com base na aplicação de princípios de justiça que são politicamente estabelecidos e afirmados pelos valores da razão pública. Ainda no mesmo sentido, mas agora no controle de constitucionalidade, Rawls afirma que os outros poderes podem, caso queiram, ser também fóruns de deliberação de aplicação dos princípios que versam sobre questões constitucionais (BONFIN; PEDRON, 2017, p. 216).

Rawls afirma que as instituições públicas devem justificar suas decisões com base na melhor leitura constitucional de que sejam capazes; são aquelas que estão na estrutura de base da sociedade e que garantem os elementos constitucionais essenciais e as liberdades básicas. Como se viu anteriormente, a Constituição não é o que o tribunal diz que ela é. O Judiciário não deve julgar sem levar em consideração o ideal de razão pública e se apropriar da Constituição, se assim fizesse estaria violando os preceitos fundamentais de uma democracia constitucional (BONFIN; PEDRON, 2017, p. 217).

A Constituição, portanto, deve ser interpretada pelo povo democraticamente por meio de deliberações públicas no interior das instituições públicas, no momento de interpretar qual é a concepção política de justiça a ser adotada em uma sociedade bem ordenada. Rawls, nesse ponto, parece adotar uma teoria coerentista e está preocupado com o ato de justificação pública pelas instituições públicas. Esse é um dos critérios mínimos para a legitimidade das instituições: dar publicidade dos seus atos, ou seja, apresentar as razões que foram utilizadas para a tomada de decisão (BONFIN; PEDRON, 2017, p. 217).



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando em consideração os postulados da ideia de razão pública de Rawls - quais sejam: dever de civilidade, boa-fé, do bem público - verifica-se que o modelo de guardião da constituição como proposto por Carl Schmitt vai de encontro ao proposto por aquele. Não há nenhum elemento de razão pública no guardião da Constituição de Schmitt.

Quando se compara o pensamento de Schmitt com a razão pública proposta por Rawls, percebe-se o conflito. Para Schmitt não há pluralismo, há apenas o Presidente do Reich, o qual incorpora e representa a unidade e integração do povo e que tem o poder de decidir.

A ideia de pluralismo proposta por Rawls é, basicamente, antagônica ao que Schmitt propõe como modelo para o guardião da Constituição. Nesse ponto, torna-se cristalino que não há lugar para uma ideia de razão pública na visão de Schmitt, mormente por depositar todo poder nas mãos do Presidente do Reich, que teria a decisão final sobre os conflitos, inexistindo qualquer tipo de discussão e troca de argumentos para a busca de um consenso pautado no dever de civilidade, na projeção do que seria melhor para o bem de todos, para o bem público.

Nesse ponto, o Presidente do Reich é tanto guardião quanto senhor da Constituição, tendo em vista a inexistência de argumentos contrários ensejadores de qualquer discussão/debate que poderia levar em conta as propostas/argumentos de uma coletividade, já que todo o poder de decisão cabe ao Presidente. Cabe a este, exclusivamente, decidir sobre a Constitucionalidade das leis. Inexistindo discussões sobre argumentos que levariam ao consenso do que seria um bem comum, inexistente também a ideia de razão pública no guardião da Constituição tal como proposto por Carl Schmitt.

Como contraponto, o Tribunal Constitucional proposto por Hans Kelsen, visto que formado por vários membros e que estes poderiam ser, inclusive, escolhidos por meio de voto, além de que sua composição ideal deveria acolher membros do governo, do legislativo



e juízes de carreira, parece se coadunar ou, pelo menos, aproximar-se de uma ideia de razão pública. A ideia do Tribunal Constitucional apresenta-se como mais democrática, tanto pela composição dos membros quando pela prestação jurisdicional fruto da decisão dos vários membros daquele colegiado.

Muito embora o debate entre Kelsen e Schmitt tenha ocorrido no início do século XX, ainda hoje ele mostra sua importância. As mudanças abruptas de entendimento dos tribunais levam à instabilidade jurídica e ao questionamento, por parte dos jurisdicionados, quanto ao respeito dessas cortes pelos direitos do povo. Daí a importância de abordar os argumentos, e porque não, debater, sobre quem deve ser o guardião da Constituição, sobremaneira à luz dos pressupostos pela ideia da razão pública.

E quando se fala em debate, em argumentos, fala-se em razão. Implica falar em razão pública, em dever de civilidade, de boa-fé, de bem comum, do bem público. A ideia de razão pública de John Rawls não foi elaborada para escolher um guardião para a constituição, mas poderia ser utilizada como ferramenta pela instituição escolhida pelo poder constituinte para proteger a norma posta pelo legislador em respeito aos princípios democráticos.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado Total e o guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, p. 195-201, jan./jun. 2003. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/30>. Acesso em: 15 ago. 2018.

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*, 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: 14 ago. 2018.



BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 126.292. Julgamento 17 de fevereiro de 2016. *Diário de Justiça eletrônico*, 6 fev. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 23 jul. 2018.

CHAHURUR, Alan Ibn. O guardião da Constituição a partir da dualidade de *politeia* e *nomoi*: o argumento de Hans Kelsen. *Revista Acadêmica de Filosofia e Teologia da Faculdade João Paulo II*, n. 12, p. 56 a 69, 2015. Disponível em: <http://fajopa.com/contemplacao/index.php/contemplacao/article/view/77/80>. Acesso em: 28 ago. 2018.

FREEMAN, Samuel. Public Reason and Political Justifications. *Fordham L. Rev.*, n. 72, p. 2021-2072, 2004. Disponível em: www.heinonline.com. Acesso em: 9 set. 2018.

FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 127-146, jan./mar. 2010. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/291>. Acesso em: 28 jul. 2018.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2013.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O Guarda da Constituição em Hans Kelsen. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, p. 203-209, jan./jun. 2003. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/30>. Acesso em: 15 ago. 2018.

PINTO, Roberto Bueno. Carl Schmitt x Hans Kelsen: Defensor ou senhor da Constituição? *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba: UFPR, v. 60, n. 3, p. 103-136, set./dez. 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/42346>. Acesso em: 10 ago. 2018.



RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ed. Ática, 2000.

SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TRAMONTINA, Robison; PARREIRA, Anny Marie Santos. O Supremo Tribunal Federal (stf) como locus da razão pública. *Revista de Direito Brasileira*, ano 4, v. 8, p. 2013-232, maio/ago. 2014. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2891>. Acesso em: 18 ago. 2018.



O CONCEITO DE LIBERDADE NA OBRA “UMA TEORIA DA JUSTIÇA” DE JOHN RAWLS

Luciano da Silva Basso¹

INTRODUÇÃO

John Rawls em sua obra “Uma Teoria da Justiça”, expõe seu pensamento liberal, cuja lógica é de que todos os valores morais devem ser dados pelo ser humano e para o ser humano.

Este artigo tem por objetivo uma breve análise crítica sobre os Princípios da Justiça defendidos por John Rawls em sua obra “Uma teoria da Justiça”, sua aplicação na sociedade brasileira e os impactos da aplicação do primeiro princípio “a Liberdade”. Entende-se que o liberalismo Político, defendido por Rawls, é de difícil aplicabilidade no sistema brasileiro.

Como o autor desenvolve a sua teoria no contratualismo com a prevalência do justo sobre o bem, demonstra-se que a tese apresentada deveria ser nacionalizada para sua efetiva aplicabilidade em nosso ordenamento no Brasil.

John Bordley Rawls foi um Filósofo Norte-Americano que no século passado desempenhou um papel de grande relevância para a Filosofia Política e Moral. Publicou diversas obras de indescrivível impacto social, sendo considerada a mais importante intitulada “Uma Teoria da Justiça – *A Theory of Justice*”, publicada em 1971, contemporânea e muito difundida nos meios acadêmicos, principalmente na Europa e Estados Unidos da América.

¹ Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito; Advogado Previdenciário; lucianobassoadvogado@gmail.com



A obra escrita por Rawls não é um livro dedicado ao Direito, é uma obra sobre teoria política, uma teoria de justiça distributiva, de caráter social, na qual a ordem jurídica é abordada como uma instituição que compõe a estrutura básica da sociedade.

A produção deste trabalho consiste em efetuar uma análise crítica sobre a aplicabilidade do Princípio da Liberdade defendido por Rawls no ordenamento jurídico brasileiro.

Salienta-se que o artigo não irá analisar pormenorizadamente a obra do autor, mas apenas apresentar um paralelo sobre a aplicabilidade do Princípio da Liberdade e sua possível efetividade na sociedade brasileira.

A TEORIA DE JUSTIÇA DE RAWLS

É inquestionável a relevância da obra “Uma Teoria da Justiça” para o desenrolar do debate sobre questões relacionadas à justiça, à democracia, ao liberalismo político e ao contratualismo.

O primeiro princípio da justiça para Rawls significa: “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, 2000, p. 144).

A tese defendida por Rawls consiste em demonstrar que uma sociedade somente é justa quando for coesa, ordenada e partilhada sob uma concepção pública de justiça que regula a estrutura básica da sociedade, o que findou como uma teoria, que foi denominada de “justiça com equidade”.

O objetivo primordial da justiça para Rawls é a estrutura básica da sociedade. Segundo o filósofo, assim como a verdade é a primeira virtude dos sistemas de pensamento, a justiça é a verdade das instituições sociais.

Objetivando formular uma teoria da justiça que sirva de alternativa às doutrinas tradicionalmente dominantes, leva a idéia de contrato social a um nível superior de abstração e cria a posição



original, situação inicial que incorpora algumas restrições de conduta aos participantes, tendo em mira conduzir a um acordo sobre os princípios da justiça (RAWLS, 2000, p. 5).

Para Rawls as pessoas que fazem parte de uma sociedade justa e igualitária são livres para fazer qualquer coisa desde que não tenham restrições para fazê-la ou deixar de fazê-la, sem a interferência de outros indivíduos.

Significa dizer que as pessoas podem fazer ou deixar de fazer o que a Lei justa permite e não proíbe, e que a busca destas liberdades são oriundas de interesses morais, filosóficos e religiosos de cada cidadão que vive em uma sociedade justa e igualitária.

Na sociedade igualitária descrita por Rawls, as pessoas possuem suas liberdades baseadas em seus aspectos morais, filosóficos e religiosos. Os membros que compõem esta sociedade tem o dever estabelecido por Lei de não intervir na liberdade do outro.

DA CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Conforme acima referido o presente artigo tem a finalidade de demonstrar se há possibilidade de aplicação do Princípio de Liberdade, firmado por Rawls, na sociedade brasileira.

Primeiramente deve-se deixar claro que os brasileiros vivem em uma sociedade desigual, cujas liberdades são diariamente feridas/tolhidas, mesmo que tais liberdades estejam inseridas e protegidas Constitucionalmente e são um direito natural do ser humano.

Rawls defende em sua teoria que a liberdade deve ocupar um lugar de destaque garantindo irrestritamente liberdades básicas aos indivíduos que a compõe para que se tenha uma sociedade justa e um Estado Democrático de Direito.

A teoria da Justiça de Rawls é um "Estado Final", ou seja, uma hipótese de um Estado justo e perfeito, dotado de cidadãos capazes, com certo grau de racionalidade, respeitosos a uma legislação igualitária para todos, os quais realizam suas atividades em prol da



sociedade a qual pertence. Ocorre que a situação é totalmente contrária em nosso país. Além das pessoas serem extremamente individualistas, as organizações também são, o que comprova que a “Sociedade bem Ordenada” descrita por Rawls não é aplicada na realidade brasileira.

Rawls apresenta a teoria de uma sociedade dotada de conhecimento teórico e de fatos genéricos a seu respeito, cuja sociedade possui condições de escolher uma Constituição justa e eficaz, a qual deve satisfazer os princípios da justiça e conseqüentemente promover uma legislação justa e eficiente (RAWLS, 2000, p. 213).

Para isto, as liberdades de cidadania igualitária devem ser incorporadas na constituição e principalmente protegidas por ela. Salienta-se que tais liberdades incluem a liberdade de consciência e de pensamento, a liberdade individual e a igualdade de direitos políticos.

Rawls afirma, que o sistema político por ele proposto, é o de uma Democracia Constitucional, e como tal não seria justo se não fosse incorporada as liberdades acima descritas (RAWLS, 2000, p. 214).

Assim, em singela análise, as afirmações de Rawls determinam que para que se tenha um procedimento justo, as liberdades fundamentais individuais e a liberdade de consciência e pensamento devem ser protegidas acima de tudo.

Já para Locke (1978, p. 9), “Todos os direitos que lhe pertencem como indivíduo ou como cidadão, são invioláveis e devem ser-lhe preservados.”

Rawls cria, ainda, duas regras de prioridade. A primeira estabelece a prioridade da liberdade: as liberdades básicas só podem ser restringidas em nome da liberdade, de forma que uma redução da liberdade deve fortalecer o sistema total das liberdades partilhadas por todos e uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm liberdade menor.

Assim, a prioridade da justiça sobre a eficiência e o bem-estar, é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao da maximização da soma de vantagens. A igualdade equitativa de oportunidades é anterior ao princípio da diferença, ficando evidente



que: uma desigualdade deve aumentar as oportunidades daqueles que têm uma chance menor; bem como, uma taxa excessiva de poupança deve avaliados todos os fatores, mitigar as dificuldades dos que carregam esse fardo (RAWLS, 2000, p. 334).

A LIBERDADE EM RAWLS

Para Rawls, há desigualdade quando, por exemplo, uma categoria de pessoas tem uma liberdade maior que outra, ou a liberdade é menos extensiva do que deveria ser. Ocorre que todas as liberdades de cidadania devem ser as mesmas para cada membro da sociedade (RAWLS, 2000, p. 219).

A teoria de Rawls, estabelece que uma sociedade é composta por uma Constituição que protege a igual cidadania, a qual assegura a liberdade da pessoa, a liberdade de pensamento, a liberdade de consciência, assim como a igualdade política, através do voto e o direito de participar do processo político. Assim, a necessidade de um ordenamento jurídico dotado de regras e normas públicas é endereçada as pessoas racionais, cujas condutas devem fomentar a estrutura da cooperação social e sua função vincula à proteção das liberdades básicas individuais.

Apesar de Rawls fazer uma divisão da liberdade e afirmar que tal divisão não possui importância para a sua teoria, ele afirma que a Constituição deve garantir a todos o mesmo acesso ao procedimento político (princípio da participação). Porém, ressalta que tal princípio não obriga que todos participem ativamente nos afazeres políticos. Reconhece, também, que:

A prioridade da liberdade (negativa) não exclui pequenas trocas dentro do sistema de liberdades. Além disso, permite, embora sem exigir, que certas liberdades, como, por exemplo, as que são cobertas pelo princípio da participação, sejam menos essenciais, no sentido de que seu papel principal é o de proteger as demais liberdades. (RAWLS, 2000, p. 252).



Deve estar claro que o sistema descrito por Rawls é organizado de forma a manter a ordem pública e demonstra ser função do Estado zelar pela equidade de seus cidadãos.

Ao se fazer um comparativo com a sociedade brasileira, percebemos que estamos muito distantes da sociedade apresentada por Rawls, uma vez que o Brasil possui uma desigualdade significativa em sua sociedade e os resultados são refletidos nas liberdades individuais.

Conforme afirma Rawls, a liberdade básica do cidadão consiste em um conjunto de Diretos e Deveres (RAWLS, 2000, p. 219).

Concorda-se com a afirmação acima, uma vez que liberdade não consiste somente em direitos, mas também em deveres. No entanto, a Constituição de 1988 deixou a desejar tal premissa em seu bojo constitucional, pois seus ordenamentos apresentam uma quantidade significativa de direitos e muito poucos deveres aos cidadãos brasileiros. Portanto, para que esta teoria seja implementada na sociedade brasileira, o primeiro passo seria apresentar a sociedade brasileira a gama de deveres os quais devem obedecer para que se tenha uma ampla e irrestrita liberdade.

Rawls admite ser permissível que os indivíduos façam ou não determinado ato, e afirma que o governo ou os demais indivíduos “tem a obrigação de não criar obstáculos”, uma vez que para o autor, os indivíduos, por sua condição natural, são livres e iguais, capazes de perseguir suas aspirações e projetos pessoais, detendo a condição de sujeitos razoáveis e portadores de racionalidade.

Berlin (2002, p. 227) menciona que:

[...] coagir um homem é privá-lo da liberdade. A partir disso, propõe analisar dois sentidos do termo: o negativo e o positivo. O sentido negativo estaria implicado na resposta à seguinte pergunta: “Qual é a área em que o sujeito – uma pessoa ou grupo de pessoas – é ou deve ter permissão de fazer ou ser o que é capaz de fazer ou ser, sem a interferência de outras pessoas?” E o sentido positivo restaria claro



a partir da resposta à pergunta: “O que ou quem é a fonte de controle ou interferência capaz de determinar que alguém faça, ou seja, uma coisa em vez de outra?”

Berlin, ao discorrer sobre o sentido negativo da liberdade, questiona com base em que princípio a liberdade poderá ser restringida. A resposta torna-se bastante complexa, pois estamos diante de um valor sagrado e sem um mínimo de liberdade pessoal. O cidadão não conseguirá desenvolver suas faculdades naturais e buscar os fins relacionados à sua concepção de vida boa, ou seja, não há como responder à questão formulada.

Concorda-se com a tese de *Berlin*, sobre a liberdade, visto que não pode ser ilimitada, pois isso geraria uma situação em que todos os indivíduos e o governo poderiam interferir ilimitadamente na vida dos demais indivíduos, o que certamente levaria ao caos social.

O princípio da liberdade, bem como o segundo princípio (Igualdade), recebe duas interpretações na obra “Uma Teoria da Justiça”. Uma de caráter provisório, encontrada no parágrafo terceiro (RAWLS, 1993, p. 35). Outra, já definitiva, encontra-se no parágrafo 46, a qual passamos a reproduzir integralmente, como segue: “Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais amplo sistema total de liberdades iguais que seja compatível com um sistema de liberdade para todos.” (RAWLS, 1993, p. 239).

Assim, se entende que a liberdade fundamental, apresentada por Rawls, não pode ser aplicada atualmente na sociedade brasileira, bem como, a liberdade dos indivíduos não pode ser ilimitada, pois sem o devido controle a sociedade se tornaria um verdadeiro desordem social.

Sabe-se que uma sociedade perfeita deveria ser moldada na idéia de Rawls, ou seja, deveria ser justa e composta por pessoas racionais tratadas de forma equitativa, desprovidos de qualquer diferenciação e intervenção de terceiros e do próprio Estado.

Porém, a sociedade moderna em que estamos inseridos está muito aquém da sociedade justa, perfeita e equânime descrita



por Rawls. Deve-se deixar claro que Rawls escreve sua teoria política no ano de 1971, nos Estados Unidos da América, muito diferente da realidade vivenciada no Brasil, na mesma época, e principalmente no momento atual.

Devemos considerar que naquele país todos os cidadãos têm ampla liberdade, porém adstritos a regras e Princípios norteadores os quais constam em sua Carta cidadã, com enorme respeito a concepções de bem e justiça.

Conforme já mencionado, Rawls (2000, p. 221) determina que:

Uma liberdade básica resguardada pelo primeiro princípio só pode ser limitada em consideração à própria liberdade, isto é, apenas para assegurar que a mesma liberdade ou uma outra liberdade básica estará adequadamente protegida, e para ajustar o sistema único de liberdades da melhor forma possível.

A afirmação leva em consideração, que a definição da extensão que será deferida a liberdade, deve ser avaliada em um primeiro momento sob o ponto de vista do cidadão "representativo justo", e posteriormente sob a perspectiva do constituinte. Rawls ainda afirma que: "[...] devemos perguntar qual sistema teria a preferência racional desse cidadão."

Infelizmente estamos inseridos em uma sociedade eivada de desigualdades sociais, em que a maioria dos brasileiros não possui capacidade intelectual moral e discricional para aceitar e adotar as teorias prescritas pelo autor. Além disso, ficou mais distante de ser adotada nos últimos governos do Brasil, os quais governaram através de uma política de assistencialismo, levando a maioria da sociedade brasileira a esquecer os seus deveres e a viver apenas dos seus direitos.

A situação vivenciada pela comunidade brasileira é resultado de uma sociedade alienada resultado de vários anos sem investimentos em educação, saúde, segurança, e, portanto, entendemos que a



Teoria de Liberdade de Rawls é de difícil implementação na sociedade brasileira atualmente.

Rawls em sua obra, afirma que a pobreza, ignorância e a falta de meios em geral “afetam o valor da liberdade”, mas aduz que esta não é sua posição (RAWLS, 2000, p. 221).

Ao contrário, o Filósofo expõe que o sistema de liberdade básica possui um sistema bipartido: reconcilia o primeiro princípio com o segundo, ou seja, a liberdade com a igualdade.

Discorda-se da afirmação de Rawls, por ser óbvio que pobreza, ignorância e falta de meios em geral, afetam integralmente o valor e a forma da liberdade. No Brasil a liberdade é desrespeitada diariamente em todos os seus sentidos, inclusive pela sua Corte Maior – Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas e em várias oportunidades colegiadas.

Já a concepção Rawlsiana exige que as instituições públicas democráticas, detentoras da força estatal, não se valham do poder a elas outorgado pelos cidadãos para estimular certos comportamentos, crenças, formas de vida, culturas, por mais racionais, evidentes e tradicionais que pareçam ser, em detrimento de outras possibilidades decorrentes da diversidade humana, do fato do pluralismo.

Como afirma Berlin, deve-se reconhecer o fato de que “[...] as metas humanas são muitas, nem todas comensuráveis, e em perpétua rivalidade umas com as outras.” (BERLIN, 2002, p. 272).

Conseqüentemente, o fato de não pretender que as liberdades básicas corroborem alguma concepção metafísica ou epistemológica, considerando-se algumas delas mais importantes pela compatibilidade com a forma de vida privilegiada de uma concepção abrangente de bem, o filósofo utiliza-se da idéia de “sistema de liberdades” para sustentar a relativa neutralidade de sua teoria frente às várias tradições do pensamento moderno ocidental que as interpretam.

Assim, a liberdade e o valor da liberdade se distinguem da seguinte maneira: “a liberdade é representada por um sistema completo de liberdades de cidadania igual, enquanto o valor da



liberdade para pessoas e grupos depende de sua capacidade de promover seus fins dentro da estrutura definida pelo sistema." (RAWLS, 2000, p. 221).

Juntamente com a sustentação de seu posicionamento original, Rawls não ignora a fatalidade do embate entre as liberdades, isto porque não é possível atribuir a todas elas igual "valor e tratamento", seja porque isso tornaria seu exercício impraticável (alguma liberdade anularia outra liberdade), ou porque não é possível atribuir mais valor a qualquer uma delas, hierarquizando-as, sem incorrer na adoção prévia de valores de alguma doutrina abrangente.

De outra banda, Rawls, em suas razões filosóficas afirma que o valor da liberdade não é o mesmo para todos. O filósofo admite que alguns tem mais autoridade e riqueza, possuem maiores meios de atingir seus objetivos (RAWLS, 2000, p. 222).

Neste ponto, não se concorda com a afirmação do Filósofo. Entende-se que liberdade possui o mesmo valor para todo e qualquer cidadão, e como deve ser respeitada por todos. Inclusive, a desvalorização e hierarquização da liberdade não constam em nossa Constituição Federal no 'caput' do artigo 5º.

Portanto, o fato de uma pessoa possuir mais riqueza ou autoridade perante os demais cidadãos, não lhe outorga o direito de que sua liberdade seja mais valorada do que a de um terceiro com menos condições financeiras. Assim, acredita-se que a afirmação de Rawls é equivocada e apresenta uma discriminação entre os indivíduos de uma mesma sociedade.

A concepção rawlsiana sobre as liberdades exige que as instituições públicas democráticas, detentoras da força estatal, não se valham do poder a elas outorgado pelos cidadãos para estimularem certos comportamentos, crenças, formas de vida, culturas, por mais racionais, evidentes e tradicionais que pareçam ser em detrimento de outras possibilidades decorrentes da diversidade humana (RAWLS, 2000, p. 223).

De acordo com Rawls, os indivíduos que compõe a sociedade devem escolher princípios que assegurem a integralidade



de sua liberdade moral e religiosa. Afirmar o filósofo que a pessoa não tem consciência de suas obrigações morais ou religiosas; na verdade elas não sabem o que pensam sobre ter essas obrigações (RAWLS, 2000, p. 223).

Rawls afirma que: "Um indivíduo que reconhece obrigações morais e religiosas as considera como absolutamente vinculativas, no sentido de que ele não pode condicionar a implementação delas para ter maiores meios de promover seus outros interesses." (RAWLS, 2000, p. 225).

Neste caso, Rawls afirma com prioridade que maiores benefícios econômicos e sociais não são uma razão suficiente para aceitar menos do que uma liberdade igual.

Nesta senda, Rawls admite que o véu da ignorância impede que todos os que estão na posição inicial tenham informações detalhadas sobre a sociedade.

Assim, os indivíduos que se encontram na posição original teriam apenas informações gerais e, portanto, saberiam que fatalmente o passar do tempo os fariam ocupar distintas posições sociais, as quais se tornariam desiguais, e que teriam capacidades e habilidades distintas e desiguais. Saberiam da inevitável desigualdade, mas não seriam beneficiados por ela, o que lhes garantiria a posição equitativa.

De acordo com Rawls, apenas a igual liberdade de consciência é o único princípio que as pessoas na posição original conseguem reconhecer (RAWLS, 2000, p. 224).

Os princípios acima dispostos são exemplificados pelo fato de que estamos diante de um princípio de liberdade igual frente a questões religiosas, cujos seus adeptos jamais aceitariam um princípio ou regra que limite as suas reivindicações mútuas. Ou seja, o poder divino e religioso é absoluto e seus integrantes não admitem nenhuma espécie de imposição de limite sobre as suas crenças.

É evidente que diante de crenças religiosas, morais e princípios básicos filosóficos, jamais podemos esperar dos outros uma liberdade inferior, uma vez que cada ser humano possui suas ideologias religiosas



e para esta pessoa a sua liberdade deve ser plena. A liberdade igualitária deve ser respeitada, independentemente da crença que esta pessoa adote.

Fica claro que o ser humano é um ser com diversas capacidades desconhecidas, e de acordo com Rawls, as pessoas encontram-se em si mesmas, e a liberdade plena é um pré-requisito para que este encontro aconteça (RAWLS, 2000, p. 228).

Mill (2000, p. 128) refere que os seres humanos preferem viver em instituições livres. Conforme o Filósofo, os homens sempre desejaram ser livres, e os que são livres, jamais querem abdicar da sua liberdade.

Para Mill (2000), os homens sempre se queixaram do fardo da liberdade da cultura, mas em contrapartida os homens têm o desejo de determinar como viver e resolver os seus problemas, sem a imposição de uma regra definida ou obrigatória.

Entretanto, Rawls, em sua Teoria, mesmo citando Mill em suas razões teóricas, ainda descreve que não se pode ter uma liberdade igual para todos. Contudo, conforme anteriormente mencionado, segue-se a crítica quanto a esta posição do Filósofo, acompanhando a tese de Berlin, e entende-se que não se pode ter uma liberdade ilimitada.

No entanto, Rawls admite em suas razões que em alguns casos, uma liberdade pode ser restrita, mas somente em consideração a própria liberdade, ou para assegurar que a mesma liberdade ou outra liberdade seja protegida (RAWLS, 2000, p. 221).

Ocorre que conforme se mencionou no início deste artigo, tem-se por objetivo fazer um comparativo entre o Princípio da Liberdade em Rawls e a nossa sociedade brasileira, e como resultado deste estudo fica evidente a impossibilidade momentânea de utilização da Teoria de Rawls em nossa sociedade.

A Teoria de Rawls comprova que ao Estado é proibido que este favoreça alguma religião específica e muito menos vincule qualquer espécie de sanção ou incapacidade a nenhuma espécie de religião ou até mesmo a ausência dela. O estado defende a liberdade religiosa e moral, mas de forma independente, ou seja,



qualquer cidadão tem o direito de participar ou defender qualquer espécie de religião ou até mesmo não participar de nenhuma.

Também, aliado a situação acima, é vedado ao Estado impor sua autoridade na possibilidade de reconhecer as associações como entidades legítimas ou ilegítimas. Associações estas que os indivíduos possuem a liberdade de se filiar e de se manter afiliados conforme o seu interesse pessoal. Novamente a Teoria de Rawls nos mostra que ao Estado não cabe interferir nas liberdades associativas de seus componentes e muito menos de se intrometer na crença e religião de seus cidadãos, fatos estes que devem fazer parte de uma Constituição justa.

Assim, para Rawls, a liberdade de consciência somente pode e deve ser limitada quando houver suposições razoáveis de que não fazê-lo prejudicará a ordem pública que o governo deve manter (RAWLS, 2000, p. 231).

A máxima acima referida está correta e deveria ser utilizada também com relação às liberdades de comportamento, baseado na comparação com a sociedade brasileira atual. Percebe-se que na regra citada fala-se de liberdade de consciência e não de comportamento, o que tem uma grande diferença entre ambas.

De acordo com Rawls no estado de equidade e de justa compreensão, as partes integrantes, devem no momento da convenção da constituinte, escolher uma Constituição que garanta uma igual liberdade de consciência regulada por argumentos aceitos por todos, sendo que a liberdade é regida pelas condições da própria liberdade.

Por este motivo é que Rawls afirma em suas argumentações que “Uma acusação é um protesto dirigido de boa-fé a outro. Exige uma violação de um princípio que as duas partes reconhecem.” (RAWLS, 2000, p. 236).

O que significa dizer que as partes que compõe o estado de Rawls, reconhecem a liberdade como justa e conseqüentemente os direitos que a compõe, tendo em vista que todos os componentes participaram da constituinte e a aprovaram o modo como deve se dar suas liberdades.



Cabe referir que o homem exerce a sua liberdade ao decidir por sua própria conta aceitar outro como autoridade, e fazendo isso, não abandona de maneira alguma a sua liberdade de consciência.

Também não pode se deixar de lado o entendimento de Rawls quanto aos intolerantes. Em sua obra, Rawls traça um paralelo sobre as liberdades iguais dos intolerantes, ou seja, questiona se a liberdade dos intolerantes deve ser respeitada. O próprio Filósofo em sua obra define que em uma sociedade justa os cidadãos que a compõe, devem de maneira apropriada forçar os intolerantes a respeitar a liberdade e o direito estabelecidos pelos princípios reconhecidos na posição original (RAWLS, 2000, p. 238).

Com base na situação acima descrita, Rawls apresenta um entendimento que as liberdades dos intolerantes podem persuadi-los a funcionar a partir de um princípio psicológico que em circunstâncias semelhantes e as liberdades sendo protegidas por uma Constituição Justa, fazem com que os intolerantes adquiram o hábito de se submeterem a esta Constituição.

Assim, diante do que afirma Rawls, em sua Teoria, se estivermos diante de uma sociedade justa, equânime, sob o respeito de uma Constituição justa e com regras de cooperação, os intolerantes tenderiam a abandonar a intolerância e aceitar a liberdade de consciência.

Rawls a denomina a situação acima descrita de “Consciência de Estabilidade” (RAWLS, 2000, p. 239), o que significa dizer que numa sociedade dotada de instituições justas, quando se apresentam certas injustiças, outras forças serão chamadas para atuar para a preservação da justiça da ordem global, mas sempre tendo como resultado a liberdade sob uma Constituição Justa.

Desta forma, Rawls, em sua obra Uma Teoria da Justiça, apresenta uma sociedade justa, equitativa com instituições perfeitas, afirmando que “A força da justiça como equidade parece derivar de duas coisas: a exigência de que todas as desigualdades sejam justificadas para os menos favorecidos e a prioridade da liberdade,



e afirmando que os Princípios estabelecidos pelo Filósofo devem ser assim estabelecidos:

Primeiro Princípio:

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

Regra de Prioridade:

Os princípios da justiça devem ser classificados em ordem lexical e portanto a liberdade só pode ser restringida em nome da liberdade. Existem dois casos: (a) uma redução da liberdade deve reforçar o sistema total de liberdades partilhadas por todos, e (b) uma liberdade menor deve ser considerada aceitável para aqueles cidadãos com a liberdade menor. (RAWLS, 2000, p. 274-275).

Fica evidente que a igual liberdade Rawlsiana visa dotar a sociedade de um mecanismo que escape do princípio do sacrifício (utilitarista), afirmando que cada indivíduo possui um valor intrínseco que não deve ser violado em prol de nenhum interesse coletivo.

As palavras do Filósofo apresentam uma centralidade muito clara de sua teoria da justiça, demonstrada em torno do eixo que gravita entre uma justificação pública de interesses e um respeito à esfera de inviolabilidade de cada pessoa garantidos pela igual liberdade. Ambos com um único objetivo a estabilidade social, a sociedade justa e equânime.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme referido no início, este artigo tem por objetivo traçar um paralelo sobre a eficácia da utilização do Primeiro Princípio de John Rawls (Princípio da Liberdade) e sua aplicabilidade na atual sociedade brasileira, utilizando-se as lições *Isaiah Berlin*, sobre a efetividade de uma liberdade total dos cidadãos.



Aliado a isso, no decorrer do artigo, foi apresentado algumas opiniões sobre as liberdades apresentadas por Rawls, e algumas críticas com relação a estas liberdades, principalmente a sua efetivação nos dias atuais, referentes às liberdades sociais na sociedade brasileira.

O Princípio da Liberdade apresentado por Rawls é em uma primeira análise o que seria uma sociedade perfeita. Contudo, ao fazer um paralelo sobre sua aplicabilidade na sociedade brasileira nos dias atuais, é uma Teoria de difícil aplicabilidade, não por causa da Teoria em si, mas pelo fato de que a sociedade brasileira não está preparada intelectualmente para aceitar as regras lá definidas.

A Liberdade é um Direito fundamental do homem. Portanto, garanti-la enquanto princípio ordenador de uma sociedade é assegurar que as suas instituições permitam uma convivência digna e igual entre as pessoas, possuindo como característica básica o fato de ser um direito irrenunciável, e ainda segundo Rawls, inegociável.

Necessita-se de uma mudança radical de paradigmas para que um dia seja possível a utilização da Teoria de Rawls na sociedade brasileira. Não é uma tarefa fácil, há esperança de que o Estado possa, através de políticos responsáveis, desenvolver a educação, saúde e segurança no país, diminuindo assim, as desigualdades sociais.

REFERÊNCIAS

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

DA SILVA, Delma; RAMOS, Edith; DINIZ, Isadora. O Direito a Saúde no Âmbito da Justiça como Equidade: Limites e Possibilidades de Justiça Social na Extensão dos Direitos Sociais em Rawls. *Revista Brasileira Estudos Políticos*, v. 115, 2017.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. Tradução: Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.



MILL, John Stuart. A Liberdade. In: MILL, John Stuart. *A Liberdade; Utilitarismo*. Tradução: Eunice Ostrensky. São Paulo: M. Fontes, 2000.

POGGE, Thomas W. *Realizing Rawls*. New York: Cornell University Press, 1989.

RAWS, John. *A idéia de Justiça de Platão a Rawls*. 1. ed. São Paulo. Martins Fontes, 2005.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2015.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução: Almiro Pisetta. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROHLING, Marcos. Rawls e o direito. A ordem jurídica na teoria da justiça como equidade. *Synesis*, v. 6, 2014. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S-0718-68512015000100018#back. Acesso em: 14 ago. 2018.

VITA, Álvaro de. A tarefa prática da filosofia política em John Rawls. *Lua Nova*, São Paulo, n. 25, abr. 1992. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451992000100002. Acesso em: 20 ago. 2018.

ZANITELLI, Leandro Martins - Discriminação privada e o segundo princípio da justiça de Rawls. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 56, n. 132, jul./dez. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2015000200393. Acesso em: 14 ago. 2018.



A ORIGEM DAS ORDENS ESTATAIS NA VISÃO DE THOMAS HOBBS, HANS KELSEN E JOHN RAWLS

Maycon Robert Hammes¹

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo principal averiguar qual era a visão de Thomas Hobbes, Hans Kelsen e John Rawls, acerca da origem das ordens estatais,² ou seja, sobre qual era a fonte de poder legitimada para emitir comandos normativos à população.

Embora se tratem de três autores que viveram em épocas diversas – sob contextos históricos e culturais tão diferentes –, todos eles possuem um liame em comum: cada um, a seu tempo, tentou propor soluções ao problema da legitimidade das ordens advindas de um soberano ou do Estado. Todos eles são fundamentais, por conseguinte, para auxiliar as análises de desenvolvimento do processo histórico de criação e aplicação das normas no mundo ocidental contemporâneo.

Thomas Hobbes (1588-1679) foi um filósofo inglês que, ainda na época do surgimento e da consolidação do Estado moderno, defendeu a existência de um poder estatal forte e centralizado, exercido por um soberano que tivesse mecanismos suficientes para garantir a estabilidade e a segurança dos cidadãos.

¹ Mestrando em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina, linha de pesquisa Direitos Fundamentais Civis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos; Promotor de Justiça.

² A elaboração das leis, como a conhecemos atualmente, ou seja, num processo com representação democrática e partição de poderes, tem seu grande estímulo a partir das Revoluções Gloriosa, Americana e Francesa. Dessa forma, a fim de possibilitar a análise do tema durante a Idade Moderna – quando a lei representava muitas vezes a simples ordem de um soberano – será também empregado o termo "ordens estatais" como sinônimo de "processo legislativo" ou "processo legiferante".



Hans Kelsen (1881-1973) foi um jurista austríaco que, no período entre guerras mundiais, consubstanciou a tese de tripartição dos poderes como fonte de emanção das ordens legais, diferenciando, delimitando e especificando a função legiferante (de fazer as normas) daquela interpretativa (de interpretar as normas).

John Rawls (1921-2002) foi um filósofo estadunidense que forneceu uma nova visão ao contrato social iluminista, sob uma ótica construtivista, deixando importantes reflexões e contribuições sobre a maneira como deveria ser organizado o Estado e distribuída a justiça. Sua teoria aborda, ainda que indiretamente, a maneira como deveria ocorrer o processo de criação e aplicação das normas em sociedade.

A presente pesquisa será orientada a partir de uma abordagem histórica e analítica, sendo estritamente bibliográfica.

Qual deveria ser a origem das ordens estatais, segundo Thomas Hobbes, Hans Kelsen e John Rawls? Pode-se concluir que houve alguma contribuição dos aludidos autores ao atual modelo de elaboração da legislação adotado na maioria dos países ocidentais?

Buscar-se-á respostas a tais perguntas, que nortearão o desenvolvimento do presente artigo, por meio da análise de conhecidas obras dos mencionados autores, quais sejam: *Leviatã* (Thomas Hobbes), *Teoria Pura do Direito* (Hans Kelsen), bem como *Uma teoria da justiça* e *O liberalismo político* (John Rawls).

THOMAS HOBBS

Thomas Hobbes (1588-1679) foi um filósofo inglês que escreveu, no ano de 1651, *Leviatã*, a sua principal obra, considerada um clássico da filosofia e da ciência política.

Para entender o pensamento do autor, é necessário compreender o contexto no qual ele viveu: declínio de aceitação, na sociedade, dos fundamentos religiosos prevaletentes durante a Idade Média (ex.: explicação metafísica da sociedade pela “vontade de Deus”, escolástica etc), guerras externas (Guerra dos Trinta Anos,



de 1618 a 1648, envolvendo diversas nações europeias) e constantes disputas internas (ex.: entre católicos e protestantes; entre o rei e o parlamento, situação que culminou na Revolução Gloriosa de 1689).

Neste contexto de instabilidade social e turbulência política, Hobbes ofereceria uma doutrina voltada à pacificação e à unificação da sociedade civil, bem como à estabilização política.

Thomas Hobbes é por muitos considerado o primeiro filósofo contratualista³. Para ele, são características dos seres humanos no estado de natureza: a relativa condição de igualdade⁴ e a consequente disputa por bens.⁵ O ser humano, assim, não seria naturalmente sociável (ou um “animal social”, como asseverava Aristóteles), ideia que norteava a sociedade ocidental deste os

³ Assim podem ser classificados os filósofos que fundamentam a origem da sociedade e do Estado a partir do *Contrato Social*. Embora cada filósofo adote uma definição diversa para explicar o instituto e suas consequências, a fim de, com isso, melhor justificar racionalmente a sua própria teoria, o Contrato Social possui um núcleo comum: a explicação de que os seres humanos viviam previamente num estado de natureza, ou seja, num mundo sem regras e instituições, vivendo como os selvagens da pré-história, e aceitaram conceber a convivência mútua em sociedade – com regras e instituições – para o fim de obterem benefícios mútuos. Assinam, assim, um contrato, pelo qual renunciam a certos direitos naturais (ex.: liberdade plena), em troca da obtenção de benefícios comuns a todos (ex.: segurança, estabilidade etc). Tal formulação, como expõem muitos filósofos iluministas, é apenas hipotética/racional, sem comprovação histórica ou empírica, servindo para explicar o surgimento da sociedade civil e do Estado.

⁴ Embora haja diferenças de força física entre as pessoas, esta pode ser compensada pelo uso da astúcia ou por alianças, conforme explica Hobbes (2003, p. 106): “A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito, que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar algum benefício a que outro não possa também aspirar. Porque quanto à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo.”

⁵ “Desta igualdade quanto à capacidade deriva a igualdade quanto à esperança de atingirmos nossos fins. Portanto, se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para seu fim (que é principalmente sua própria conservação, e às vezes apenas seu deleite) esforçam-se por se destruir ou subjugar um ao outro. E disto se segue que, quando um invasor nada mais tem a recear do que o poder de um único outro homem, se alguém planta, semeia, constrói ou possui um lugar cômodo, espera-se que provavelmente outros venham preparados com forças conjugadas, para o desapossar e privar, não apenas do fruto de seu trabalho, mas também da sua vida e da sua liberdade. Por sua vez, o invasor ficará no mesmo perigo em relação aos outros.” (HOBBS, 2003, p. 107).



gregos antigos. Os seres humanos seriam, por uma consequência do estado de natureza, naturalmente egoístas, orgulhosos, invejosos e dissimulados, o que faz como que haja uma frequente competição entre as pessoas, desconfianças mútuas e busca da conquista do poder por ambição, segurança e glória. O resultado é uma guerra de cada um contra cada um, de todos contra todos (HOBBS, 2003, p. 106-111, 143-148).

No estado de natureza, a espoliação e a enganação de uns contra os outros são a regra. Os pactos não são cumpridos sem a espada e as leis da natureza nem sempre são observadas voluntariamente. Para a defesa externa os homens se reuniam em grupos. Quanto maior o grupo, maiores as chances de vitória numa guerra. Contudo, sem que haja uma liderança, tais forças parecem à medida que perdem o foco, sendo comum até mesmo uns se voltarem contra os outros em conflitos internos (HOBBS, 2003, p. 143-148).

A partir dessa teoria, são características a serem destacadas, segundo Bittar (2016, p. 196-197): vulnerabilidade de todas as pessoas como igualmente sujeitas a sofrerem violência, em face da ausência de autoridade soberana para regular o uso da força; egoísmo de cada um na busca de fins pessoais para a sobrevivência; caráter infinito e insaciável das paixões humanas. Neste contexto, o ser humano irá naturalmente infligir ao outro males de toda espécie, até mesmo a morte. As condições de plena igualdade e liberdade, no estado de natureza, são, portanto, causas dos intermináveis conflitos humanos.

Após descrever a vivência humana no estado de natureza, Hobbes passa a refletir sobre as possíveis soluções a serem adotadas, visando a sair dessa condição natural de belicosidade, bem como encontrar a segurança e a paz. Expõe, assim, o filósofo:

[...] enquanto perdurar este direito de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver. Consequentemente é um preceito ou regra geral da razão: Que todo homem



deve se esforçar pela paz, na medida em que tenha esperança de a conseguir, e caso não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra. A primeira parte desta regra encerra a lei primeira e fundamental de natureza, isto é, procurara paz, e seguiu-la. A segunda encerra a sùmula do direito de natureza, isto é, por todos os meios que pudermos, defendermo-nos a nós mesmos. Desta lei fundamental de natureza, mediante a qual se ordena a todos os homens que se esforcem para conseguir a paz, deriva esta segunda lei: Que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em resignar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo. (HOBBS, 2003, p. 113).

Dessa forma, visando a garantir alguma segurança em meio ao caos vivido no estado de natureza, devem todos renunciar a parte dos direitos que detêm naquele estado (especialmente a liberdade irrestrita), delegando a sua vontade e poder de decisão a um soberano ou a uma assembleia de representantes, que exercerá(ão) o poder em nome de todos, formando o Estado. Eis a origem, por meio de um contrato social, da sociedade civil e do governo:

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de os defender das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. Isso equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como portador de suas pessoas, admitindo-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que é portador de sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança



comuns; todos submetendo desse modo as suas vontades à vontade dele, e as suas decisões à sua decisão. Isto é mais do que consentimento ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Autorizo e transfiro o meu direito de me governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa chama-se República,⁶ do latim Civitas. (HOBBS, 2003, p. 147).

Propõe Hobbes, assim, que as pessoas deixem o estado de natureza e, por meio de um acordo comum (contrato social), passem a viver em sociedade, sob a proteção do Estado – que exercerá o poder soberano e será capaz, somente ele, de impor a ordem, instaurar um governo comum, com regras comuns e de exercer a plena justiça em sociedade (BITTAR, 2016, p. 198-199).

Tal pacto social, nos termos formulados pelo aludido filósofo, possui diversas implicações: 1º) não existe pacto anterior a ilidir o atual; 2º) o pacto obriga tão somente os pactuantes, doravante denominados súditos, não obrigando o delegatário/soberano;⁷ 3º) Se a maioria escolher um soberano, os que tiverem discordado devem consentir e obedecer juntamente com os demais; 4º) considerando que o soberano age por delegação de todos, os seus atos são, na verdade, atos do povo, e, portanto, não podem ser questionados pelos súditos, pois estes seriam os verdadeiros autores;⁸ 5º) considerando que cada

⁶ O termo “Civitas”, na obra citada, é empregado como significando “República” ou “Estado” (HOBBS, 2003, p. 11 e 147), o que encontra amparo em outras traduções, como a de Manuel Sánchez Sarto (HOBBS, 1996, p. 3).

⁷ O fundamento da impossibilidade de responsabilização do soberano, por suas decisões, reside na própria definição e caracterização da soberania, que seria o fato de não estar obrigado a quem quer que seja. O soberano, portanto, somente assim o seria se não estivesse sujeito a qualquer obrigação em relação aos súditos.

⁸ O soberano também não estaria sujeito a julgamentos, por não existir ninguém superior a ele. Se houvesse, este superior seria então o soberano (SILVA; TAVARES NETO, 2007, p. 166).



súbito é o verdadeiro autor dos atos do soberano, este não pode ser punido, pois não há como castigar outrem pelos atos cometidos por si mesmo. Não haveria possibilidade, pois, a qualquer questionamento ou direito de resistência; 6º) compete ao soberano ser o legislador e o juiz, impor honrarias ou castigos aos cidadãos, optar pela guerra ou pela paz (em relação as outras nações) etc. (SILVA; TAVARES NETO, 2007, p. 165-167).

Segundo tais características, a figura do soberano e a do Estado se confundem, passando aquele a ser a própria personificação deste, com um poder ilimitado, indivisível e absoluto (SILVA; TAVARES NETO, 2007, p. 167).

Tal tese hobbsiana – de que o soberano deveria ter um poder absoluto (concentração de todos os poderes possíveis), irrevogável, ilimitado e sem responsabilização pessoal (HOBBS, 2003, p. 106-111) – deu fundamento teórico às monarquias absolutistas que perduraram na Europa principalmente nos séculos XVII e XVIII, bem como influenciou Carl Schmitt,⁹ cujas ideias foram posteriormente empregadas numa tentativa de justificação, pelos nazistas, ao seu regime totalitário.¹⁰ A finalidade de Hobbes era a existência de governança com maior estabilidade, para garantir a paz e a segurança dos súditos, em nome dos quais o soberano agia, justificando assim a sua legitimidade para a emanção dos atos estatais.

Nesse período, portanto, a lei é aquela advinda do soberano, que a cria, a revoga e a aplica conforme a sua própria vontade.

Leal (2001, p. 75-79) explica como ocorria o processo de elaboração das leis nesse período: o Estado é criado a partir do pacto social e, pela delegação de poderes dos indivíduos, detém

⁹ Segundo Gross (2000, p. 1847), Carl Schmitt seria um autoproclamado herdeiro de Hobbes no século XX, ao resgatar e utilizar, para fins de justificação da sua teoria, da noção do estado de natureza hobbesiano.

¹⁰ Há discordância entre os estudiosos se Carl Schmitt intencionalmente aderiu e tentou justificar, com a sua teoria, os fundamentos teóricos do regime nazista – uma vez que ele se filiou ao partido de Adolf Hitler e demonstrou grande simpatia inicial pelo novo regime –, ou se ele teve suas ideias captadas, modificadas e empregadas pelos nazistas, sem que tivesse contribuído diretamente ou pudesse se opor ao uso indevido de sua teoria (TAQUIA, 2017).



o monopólio do aparato legal, do qual pode usar a força/coerção para fazer valer a legislação. O processo legislativo, assim, é derivado unicamente da vontade do soberano. Não existe outra fonte de regulação e ordenação social que não as leis civis, as quais, de forma inarredável, servem de critério ao justo e ao injusto para os súditos. As leis – feitas por um soberano ou por um conselho de representantes – não podem ser questionadas, pois: i) são os atos de cada indivíduo isoladamente, nos termos do pacto social – logo, não pode o cidadão atentar contra um ato seu; ii) o soberano não pactuou no contrato social, logo, não é obrigado a prestar contas de seus atos, agindo sempre por delegação e no interesse de todos.

Embora anunciando que a finalidade do Estado seria dar a paz e o bem-estar aos súditos, Hobbes apenas expôs que se o governante não cumprisse tal desiderato, estaria pecando contra a lei natural, sem prescrever qualquer sanção efetiva ao soberano. Não havia nenhuma fórmula de contestação ou solução aos desvios do poder perpétuo e absoluto do rei. Para piorar, o governante não estaria sujeito às leis civis que editava, posto que tinha o poder absoluto de criá-las e revogá-las (LEAL, 2001, p. 75-79).

Nesse período, portanto, o Direito, para Hobbes, estava umbilicalmente ligado ao Estado e à lei estatal. A justiça não decorria mais da moral religiosa, mas da simples aplicação da legislação. O justo era o que a lei permitia e o injusto o que ela proibia. A legislação refletia a vontade do governante, que, por sua vez, era a própria personificação do Estado. A justiça, por conseguinte, consistia na aplicação da lei e deveria ser aferida por ela, ou seja, representava essencialmente a vontade do soberano da nação (SILVA; TAVARES NETO, 2007, p. 170-171).

HANS KELSEN

Durante a Idade Moderna e até meados da Idade Contemporânea, foi frequente a discussão sobre a aplicação do



direito natural – com início de fundamento ao uso da razão, em contraposição ao direito divino (escolástica) então utilizado durante a Idade Média. Immanuel Kant é o mais ilustre defensor do direito natural racional.

Contudo, embora tentasse dar proteção aos direitos de maior importância aos seres humanos (ex.: vida, integridade física e moral, igualdade, liberdade etc), o direito natural sempre encontrou diversos empecilhos para a sua aplicação prática/cotidiana: como garantir a sua uniforme aplicação? como não adentrar o julgador em subjetivismos, em conceitos pessoais ou metafísicos? como fornecer segurança jurídica à sociedade?

Nos séculos XVII e XVIII, o direito natural foi considerado um verdadeiro código regulador da vida social. Somente nos séculos seguintes, aos poucos, foi ele assumindo a forma de princípios que seriam destinados ao legislador e ao operador do direito (NADER, 2012, p. 198).

No contexto histórico de evolução do processo de criação e interpretação das ordens estatais no mundo ocidental, significativas mudanças advêm com as Revoluções Americana e Francesa, pois, a partir delas: a) surge o Estado de Direito, que acumula saberes jurisdizantes da cultura romana e germânica, encontrando no positivismo jurídico a concretização de normas e princípios de direito natural; b) o povo passa a ser o soberano, produzindo constituições e declarações universais dos direitos humanos; c) há o advento da norma positivada, com três características fundamentais: i) generalidade: produto de todos e para todos (vontade geral); ii) objetividade: neutra e abstrata e que atenda e interesses não particulares; iii) coerência: racionalidade e sem falhas; d) na segunda metade do séc. XVIII, surge a ideia de codificação e sistematização das normas jurídicas em compêndios, cujo maior resultado e prova se encontra no Código Napoleônico de 1804, que se revela fundamental na formação do pensamento jurídico/positivo no Ocidente (LEAL, 2001, p. 113-114).

Em relação ao período pós-revolução Francesa e Americana, Miranda (2015, p. 30-34) ainda observa que: a) a partir do séc. XVIII,



a lei exsurge como fonte do direito e esboçam-se movimentos de codificação; b) há mudanças significativas: o contrato social substitui a tradição; a soberania geral e a vontade nacional substituem a vontade do príncipe; o exercício do poder por muitos, por eleição, substitui a governo de um ou poucos; o Estado executor das normas jurídicas substitui o “governo por finalidades”; cidadãos substituem os súditos; direitos dos cidadãos substituem os deveres dos súditos; c) os instrumentos técnico-jurídicos principais passam a ser a Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direito, a separação dos poderes e a representação política; d) a Constituição traz um novo sistema de valores, regrando e limitando o uso dos poderes estatais.

Não obstante essas transformações – que foram ocorrendo de forma não uniforme nos países, principalmente durante os séculos XVIII e XIX –, nas primeiras décadas do século XX os julgamentos ainda eram bastantes instáveis, com os operadores jurídicos se utilizando de ciências variadas (vetores axiológicos, psicológicos, sociológicos etc) para fundamentar a aplicação do direito, situação que conduzia a uma certa insegurança jurídica.

É nesse contexto que Hans Kelsen irá escrever, no ano de 1934, o seu mais famoso livro, a Teoria Pura do Direito.¹¹ Segundo o próprio autor:

[...] um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da pureza. De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. [...]

Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que - aberta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de

¹¹ A segunda edição é lançada no ano de 1960, contendo alterações significativas, motivo pelo qual será a obra utilizada no presente trabalho.



política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão. (KELSEN, 1998, p. VII, 1).

Kelsen começa a sua obra realizando uma distinção entre a ciência do direito – que estuda e compreende as normas jurídicas – e o direito em si, que é o objeto de estudo daquela. A intenção da Teoria Pura do Direito não é estudar o processo de criação das normas, o direito ideal, o critério de justiça ou a forma de distribuição da riqueza na sociedade – que devem ser objetos da teoria política, da filosofia, da sociologia etc –, mas sim o de isolar a interpretação e aplicação do direito de todas as demais áreas do conhecimento (ética, religião, política, sociologia, psicologia etc). A Teoria Pura é destinada ao estudo do direito positivo.¹² (KELSEN, 1998, p. 1, 60-63, 72-75).

A proposta do jusfilósofo para alcançar tal desiderato é que o direito se situa no campo do dever-ser (prescritivo) e não do ser (ontológico), prescindindo para a sua legitimação de qualquer análise axiológica.

Para Kelsen, a legitimação das normas advém principalmente de seus aspectos formais, ou seja, desde que observadas as regras para a sua elaboração, serão elas válidas, independente da perquirição sobre os valores empregados, ou seja, relega-se para outras ciências (ex.: teoria política e sociologia jurídica) o estudo sobre a justiça das leis e sua consequente aceitação ou não pela sociedade (KELSEN, 1998).

Kelsen (1998, p. 139), assim, critica o jusnaturalismo:¹³

¹² A primeira edição da obra, de 1934, é destinada somente ao direito escrito; a segunda edição, de 1960, é modificada para se tornar igualmente acessível aos sistemas dos direitos inglês e norte-americano (*Common Law*) (AFONSO, 2013, p. 40-43) – principalmente porque passou Kelsen a morar nos EUA a partir de 1940, fugindo da perseguição do regime nazista, permanecendo naquele país de tradição consuetudinária até a sua morte, ocorrida no ano de 1973.

¹³ Segundo Nader (2012, p. 209), o positivismo jurídico apresenta uma grande distinção em relação ao direito natural, pois enquanto este se ocupa do fundamento e legi-



Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não pode ser negada pelo fato de o seu conteúdo contrariar o de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental [...]

Para o jusfilósofo, Estado e direito se confundem,¹⁴ sendo que o poder estatal se efetiva por meio do ordenamento jurídico.¹⁵

Contudo, o próprio processo de criação do direito – a exemplo, o processo legislativo – se submete às normativas preexistentes, que lhe fixam os parâmetros e condições de validade no mundo jurídico. A partir de tal premissa exsurge a famosa pirâmide utilizada por Kelsen,¹⁶

timação do direito, apoiando a sua validade na harmonia com princípios e valores absolutos, aquele busca a averiguação dos pressupostos lógico-formais para justificar a vigência e a aplicação da norma.

¹⁴ [...] a identificação do Estado com o Direito, o conhecimento de que o Estado é uma ordem jurídica, é o pressuposto de uma genuína ciência jurídica (KELSEN, 1998, p. 222).

¹⁵ É quase de per si evidente que o chamado poder do Estado, que é exercido por um governo sobre uma população residente dentro do território do Estado, não é simplesmente qualquer poder que qualquer indivíduo efetivamente tem sobre outro indivíduo e que consiste em o primeiro ser capaz de conduzir o segundo a observar uma conduta por aquele desejada. Há muitas relações de poder fáticas deste tipo sem que aquele que tem um tal poder sobre outrem seja considerado como Estado ou órgão estadual. O que faz com que a relação designada como poder estadual se distinga de outras relações de poder é a circunstância de ela ser juridicamente regulada, o que significa que os indivíduos que, como governo do Estado, exercem o poder, recebem competência de uma ordem jurídica para exercerem aquele poder através da criação e aplicação de normas jurídicas - que o poder do Estado tem caráter normativo. O chamado poder estadual é a vigência de uma ordem jurídica estadual efetiva (KELSEN, 1998, p. 202).

¹⁶ Pirâmide a-espacial, que Kelsen colheu da doutrina de um dos membros da Escola de Viena, Adolf Merkl (THÉVENZ apud AFONSO, 2013, p. 59).



por meio da qual a validade de cada norma é garantida por outra da instância superior. A norma inferior, assim, deve respeitar a forma e o limite de conteúdo fixado pela superior, numa cadeia ascendente que, num primeiro momento, levará à Constituição. O fundamento de validade desta, por sua vez, será a norma hipotética fundamental¹⁷, que tem a função de justificar, apenas hipoteticamente e como base última, a validade de todas as normas do sistema jurídico positivo.¹⁸

Embora o Estado se manifeste por meio do Legislativo, Executivo e Judiciário – mantendo o sistema de tripartição dos poderes –,¹⁹ deve-se deixar claro para que, para Hans Kelsen, não há separação entre a criação e a aplicação do direito, uma vez que a criação das normas gerais se opera pela legislação (Poder Legislativo), enquanto a das normas individuais se efetiva por meio das resoluções administrativas (Poder Executivo) e das decisões judiciais (Poder Judiciário)²⁰ (KELSEN, 1998, p. 164).

Kelsen, em sua Teoria, sobrelevou a importância do Poder Judiciário enquanto poder estatal, pois

¹⁷ Por meio da norma hipotética fundamental, pretendeu Kelsen não somente justificar a existência das normas do direito jurídico positivo, mas também ratificar a exclusão do objeto do estudo do direito qualquer elemento que não fosse jurídico (vontade do povo, preceitos divinos, soberania popular, ética, costumes sociais etc.) (BITTAR, 2016, p. 304).

¹⁸ “A norma fundamental (*Grundnorm*), de acordo com os contornos delineados na Teoria Pura do Direito, não é uma norma positiva, não é uma norma posta. É uma norma pressuposta, é uma norma pensada, é uma hipótese teórico-gnoseológica, uma hipótese da Ciência do Direito. [...] A norma fundamental não tem caráter axiológico. O próprio Kelsen esclareceu que, com a doutrina da norma fundamental, não pretendia justificar o conteúdo das normas do sistema jurídico. Ela pretendeu somente uma resposta teórica para a validade das normas do sistema jurídico positivo, unificando a pluralidade de normas em um fundamento comum.” (AFONSO, 2013, p. 60).

¹⁹ Sistematizado por Montesquieu ainda na Idade Moderna, e que vem sendo gradativamente adotado na maioria dos países ocidentais após a Revolução Francesa.

²⁰ Se considerarmos a ordem jurídica estadual sem ter em conta um Direito internacional que lhe esteja supraordenado, então a norma fundamental determina, de fato, a criação da Constituição, sem que ela própria seja, ao mesmo tempo, aplicação de uma norma superior. Mas a criação da Constituição realiza-se por aplicação da norma fundamental. Por aplicação da Constituição, opera-se a criação das normas jurídicas gerais através da legislação e do costume; e, em aplicação destas normas gerais, realiza-se a criação das normas individuais através das decisões judiciais e das resoluções administrativas.



[...] combate a Escola da Exegese, bem como qualquer outra que defenda o primado da lei sobre o juiz.

[...] o papel criador do juiz não mais se limita a uma complementação da norma estabelecida pelo legislador, passando a ser dotado também de uma capacidade criadora inicial.

No limite, mesmo decisões flagrantemente contrárias ao ordenamento jurídico em questão podem ser efetivadas, caso não sejam utilizados os meios técnicos que o próprio sistema oferece para invalidá-las – recursos, ação rescisória, revisão criminal etc. – e elas venham a transitar em julgado. Kelsen admite então que uma decisão contrária ao ordenamento pode tornar-se juridicamente válida. (MATOS; MILÃO, 2013).

Para ele, a vontade do aplicador/criador do direito sofre essencialmente uma regulação formal, que dá validade à criação da norma individual pela decisão do Poder Judiciário. Nesse contexto, o principal requisito a ser observado é que o julgador seja legitimado pelo ordenamento jurídico a exarar a decisão. Contudo, não há limites para o conteúdo material do decisor, o que acaba por resultar no caráter violento do direito, garantido pelo monopólio da violência de que goza a ordem jurídica (MATOS; MILÃO, 2013).

Kelsen, assim: i) irá criticar o fato da hermenêutica tradicional almejar fornecer apenas uma interpretação da lei para cada caso concreto, como se existisse apenas um resultado único correto – tentativa que os métodos de interpretação até então empregados haviam falhado em objetivamente aplicar; ii) defende que ao órgão judiciário é dada a função de criar o direito com efeitos individuais ou gerais, segundo a competência que lhe é atribuída, sendo ele livre no processo de interpretação e criação normativa – processo que denomina de interpretação autêntica –, podendo até mesmo decidir fundamentando em elementos colhidos fora da moldura normativa/positivada; iii) o controle da criação do direito pelo órgão judiciário ocorre por meio da estrutura formal delegada pela lei, dada



a possibilidade de recursos, a repartição de competências etc); iv) a criação do direito por meio da interpretação somente pode ocorrer nos julgamentos efetuados pelos órgãos judiciários competentes, nunca pelos cidadãos, doutrinadores ou outros intérpretes não oficialmente legitimados, pelo Estado, para o julgamento estatal (embora estes sejam livres para interpretar a lei – processo que denomina como interpretação não-autêntica ou jurídico-científica –, somente os órgãos judiciários poderão definir, em última instância, sobre a licitude ou ilicitude das condutas ou do objeto sob análise) (KELSEN, 1998, p. 245-251).

Assim, para Hans Kelsen, a origem das ordens estatais advém do Poder Legislativo (que cria a norma geral para todos, sejam particulares ou o próprio governo), do Poder Executivo (que executa a norma geral e cria o direito individual por meio das resoluções administrativas, em consonância com a norma superior) e do Poder Judiciário (que interpreta a norma geral e cria a norma individual a partir dos casos que lhe são submetidos a julgamento).

JOHN RAWLS

John Rawls é um filósofo americano de tradição liberal que reformula o contrato social clássico (dos iluministas). A sua classificação como sendo um liberal, no entanto, gera uma nova matriz nesta corrente doutrinária, pois a sua teoria incorpora alguns elementos/mecanismos defendidos pelos comunitaristas (MOTTA, 2006), bem como busca unir a tradição de liberdade dos americanos a valores próprios da social-democracia europeia (CARDIM, 2000, p. 5).

Rawls escreve as suas principais obras nos anos de 1971 (“Uma Teoria da Justiça”), 1993 (“Liberalismo Político”), 1999 (“O Direito dos Povos” e “Leituras sobre a História da Filosofia Moral”), 2001 (“Justiça como Equidade: uma reformulação”), 2007 (“Leituras sobre a História da Filosofia Política”) (WENAR, 2017).



A tese apresentada por Rawls em “Uma Teoria da Justiça” é inovadora no mundo filosófico – por unir liberalismo a pitadas do igualitarismo –, principalmente quando anunciados os seus dois princípios da justiça:

1º) cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos; e

2º) as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo, que: (a) tragam o maior benefício possível para os menos desfavorecidas, obedecendo as restrições do princípio da poupança justa; e (b) sejam vinculados a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades (RAWLS, 1997, p. 333).

Para muitos estudiosos de Rawls, esses princípios podem ser desdobrados em três:

- i. Princípio da liberdade igual: a sociedade deve assegurar a máxima liberdade para cada indivíduo, compatível com um sistema de liberdades iguais para todos os outros;
- ii. Princípio da oportunidade justa: as desigualdades econômicas e sociais devem estar ligadas a postos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade de oportunidades (2º, “b”);
- iii. Princípio da diferença: a sociedade deve promover a distribuição igual da riqueza, exceto se a existência de desigualdades econômicas e sociais gerar maior benefício para os menos favorecidos (2º, “a”).

Segundo Rawls, o princípio da liberdade prevalece sobre os demais e, portanto, uma liberdade só pode ser restringida para assegurar outra liberdade (em prol da coletividade ou daquele que



a tem de grau menor) (RALWS, 1997, p. 333-334), mas nunca para primeiramente nivelar desigualdades econômicas ou sociais.²¹

A partir desses dois princípios básicos de justiça, Rawls anuncia que as pessoas devem se reunir na primeira etapa da formação sociedade civil, quando, por meio de um pacto inicial realizado sob o véu da ignorância,²² irão deliberar as diretrizes fundantes da sociedade, votando-se uma Constituição, seguindo-se com as discussões sobre as políticas de bem-estar social. (OLIVEIRA, 2013, p. XVI).

Para deixar mais lúcido o tema, seriam os princípios de justiça aplicados nos seguintes estágios:

a) primeiro, são adotados os princípios da justiça sob o véu da ignorância, b) depois, segue-se pelo estágio da convenção constituinte, c) terceiro, o estágio legislativo em que as leis são promulgadas de acordo com a constituição e os princípios da justiça, d) por fim, segue-se pelo estágio em que as normas são aplicadas por governantes e pelos cidadãos, sendo que a constituição e as leis são interpretadas por membros do judiciário. O primeiro princípio aplica-se ao estágio da convenção constituinte, enquanto o segundo aplica-se ao estágio legislativo e está relacionado com todo tipo de legislação social e econômica. (FURLAN, 2013, p. 30).

Oliveira (2013, p. XVI e XVII) também explica a visão do filósofo:

²¹ Eis um dos motivos do aludido filósofo ser considerado um liberal, mesmo que não adepto da doutrina do liberalismo clássico, tendo a sua teoria recebido conceituações como uma espécie de liberalismo igualitário ou social.

²² A ideia desse pacto inicial – considerado como um novo contrato social (em relação ao modelo iluminista) – é possibilitar a adoção de um procedimento equitativo pelas partes, de modo que quaisquer princípios acordados sejam justos para todos. Para evitar que os pactuantes queiram se beneficiar em suas escolhas, deverão as deliberações serem realizadas sob o véu da ignorância, ou seja, sem que ninguém saiba qual a sua posição na sociedade (classe social etc), quais são suas características físicas (cor da pele, idade, sexo, grau de inteligência ou de força etc) ou psicológicas (otimismo, pessimismo, aversão ou não ao risco etc). Aliás, as partes sequer poderão conhecer as situações e circunstâncias que formam a própria sociedade (valores, cultura, geração a que pertencem etc), mas somente conhecerão de assuntos (políticos, econômicos, psicológicos etc) que lhes possibilitem compreender as consequências sobre as suas escolhas. O objetivo é que os pactuantes deliberem critérios os mais justos possíveis para a sociedade, que incentivem o seu cumprimento voluntário e sejam estáveis (RAWLS, 1997, p. 147-148).



Numa sociedade organizada, segundo Rawls, a estrutura cooperativa das pessoas permite que todos participem da melhor forma possível das estruturas sociais. As realizações de cada um são possíveis, mas elas devem melhorar a condição do outro e também manter as condições impostas pelo pacto para a preservação de todos.

[...]

Para o teórico de Harvard, a justiça não é virtude, como dizia Aristóteles, e não é direito, como dizia Kant. Segundo Rawls, a justiça é o princípio fundador de uma sociedade bem ordenada, estando identificada com o modo da distribuição dos direitos e deveres das pessoas nessa sociedade. Em síntese, para Rawls, a noção de justiça deve ser encontrada no justo ou no injusto das instituições sociais.

No contexto das sociedades atuais, nas quais, segundo Rawls, os cidadãos têm diferentes visões de mundo, persiste a necessidade das leis estatais. Contudo, como garantir o cumprimento e a estabilidade da legislação? Ele então responde a esses desafios de legitimidade e estabilidade com sua teoria do liberalismo político (WENAR, 2017).

Para Rawls, os cidadãos razoáveis, que querem cooperar uns com os outros em termos mutuamente aceitáveis, observarão que uma concepção política autônoma gerada a partir de ideias na cultura política pública, é a única base de cooperação que se pode esperar que todos os cidadãos endossem. O uso de poder político coercivo guiado pelos princípios de uma concepção política de justiça será, a princípio, legítimo (WENAR, 2017).

Ainda, na resposta à crítica efetuada por Habermas a sua teoria, Rawls irá aprimorar o tratamento do tema, ao separar os conceitos de legitimidade e justiça (em relação aos governos e às suas leis). Para explicar seu ponto de vista, o filósofo começa mencionando que reis podem chegar ao trono de forma legítima (ex. como herdeiros legítimos, de acordo com as normas e tradições estabelecidas num



país), mas nem por isso as suas leis serão necessariamente justas. O mesmo ocorre no sistema democrático, quando o governo pode ter sido eleito segundo a Constituição, e suas leis terem sido aprovadas por sólidas maiorias no parlamento, embora muitos as julguem totalmente injustas (RAWLS, 2001, p. 506-507).

Assim, legitimidade é uma noção mais fraca do que justiça e impõe limitações frágeis àquilo que pode ser feito. Também é institucional, embora obviamente mantenha uma relação essencial com a justiça. Observa-se, primeiro, que as decisões e leis democráticas são legítimas não porque são justas, e sim porque são aprovadas de forma legítima, de acordo com um procedimento democrático legítimo aceito. Reveste-se de grande importância que a Constituição que especifica o procedimento seja suficientemente justa, mesmo que não seja perfeitamente justa, algo que nenhuma instituição humana pode ser. Mas pode não ser justa e ainda assim ser legítima, desde que seja justa o suficiente à luz das circunstâncias e condições sociais. Um procedimento legítimo dá origem a leis e políticas que, caso tenham sido feitas em conformidade com tal procedimento, são legítimas, e procedimentos legítimos podem ser costumeiros, há muito estabelecidos e aceitos como tais. Não é preciso nem que os procedimentos nem que as leis sejam justos de acordo com um critério estrito de justiça, ainda que não possam ser gravemente injustos – o que também é verdade. Em algum ponto, a injustiça dos resultados de um procedimento democrático legítimo corrompe sua legitimidade, e ele ocorrerá com a injustiça da própria Constituição política. Mas antes que esse ponto seja alcançado, os resultados de um procedimento legítimo, quaisquer que sejam, são legítimos. Isto nos dá uma ideia de legitimidade democrática puramente procedimental e a distingue da justiça, mesmo reconhecendo-se que esta não é especificada de forma procedimental. A legitimidade admite um âmbito indeterminado de injustiça que a justiça não pode permitir. (RAWLS, 2011, p. 507-508).



Ao separar os conceitos de legitimidade e justiça, Rawls adentra no pantanoso tema de justiça das leis, que é objeto de discussão desde os filósofos gregos da antiguidade.

Para o filósofo, embora a ideia de legitimidade esteja relacionada à justiça, é importante observar que o papel da legitimidade das instituições democráticas é de autorizar um procedimento apropriado para a tomada de decisões, uma vez que os conflitos e os desacordos da vida política tornam a unanimidade impossível ou muito improvável de ser alcançada. Assim, um procedimento legítimo seria aquele que todos, na condição de livres e iguais, podem razoavelmente aceitar quando decisões políticas têm de ser tomadas, em relação às quais, em geral, não há acordo (RAWLS, 2011, p. 506-508). Ele denominou isso de legitimidade procedimental, e prossegue:

Contudo, há sérias dúvidas sobre essa ideia de legitimidade procedimental. É bastante plausível que, em uma sociedade razoavelmente bem-ordenada, dotada de instituições democráticas decentes e bem-estruturadas, cidadãos razoáveis e racionais venham a aprovar leis e políticas que quase sempre deverão ser legítimas, embora, é claro, nem sempre serão justas. Mas essa garantia de legitimidade se enfraqueceria gradualmente na medida em que a sociedade deixasse de ser bem-ordenada. Isto porque, como vimos, a legitimidade de decisões legislativas depende da justiça da Constituição (de qual tipo, escrita ou não), e, quanto mais esta se afasta da justiça, tanto mais provável se torna a injustiça dos resultados. Para serem legítimas, as leis não podem ser demasiado injustas. Procedimentos políticos constitucionais de fato podem ser, sob circunstâncias normais e decentes, puramente procedimentais com respeito à legitimidade. Em virtude da imperfeição de todos os procedimentos políticos humanos, no entanto, não pode haver procedimentos desse tipo com relação à justiça política e nenhum procedimento poderia determinar o conteúdo substantivo da justiça. Por isso, vamos sempre depender de nossos julgamentos substantivos de justiça. (RAWLS, 2011, p. 508-509).



Para Rawls, assim, é muito difícil que os procedimentos e debates políticos, mesmo numa democracia constitucional, atinjam sempre o ideal de justiça, dadas as condições políticas efetivas sob as quais o poder legislativo conduz o processo legislferante²³ (RAWLS, 2011, p. 509-510).

Conclui ele que mesmo quando procedimentos políticos bem concebidos superam esses obstáculos, não é razoável esperarmos que qualquer procedimento legislativo, ainda que em geral satisfaça exigências procedimentais com relação à legitimidade, também possa satisfazê-la com respeito à justiça (RAWLS, 2011, p. 510-511).

John Rawls, assim, irá apregoar que o sistema institucional legal seja construído a partir de fundamentos democráticos, visando a aumentar a adesão dos indivíduos ao cumprimento voluntário da legislação e ao exercício da cidadania, mantendo a organização estatal clássica da tripartição dos poderes (legislativo, executivo e judiciário). As normas serão produzidas a partir de um modelo prévio definido na Constituição, com a sua posterior observância por todos (particulares e governo), seja durante o processo legislativo ou na sua posterior aplicação prática, servindo os órgãos judiciais para dirimir os conflitos existentes na sociedade ou aplicar as sanções legais quando não haja o cumprimento voluntário das ordens estatais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se analisar, no presente trabalho, qual deveria ser a origem das ordens estatais segundo as teorias de Thomas Hobbes, Hans Kelsen e John Rawls, bem como analisar se as mesmas contribuiriam, de alguma maneira, para o atual modelo de elaboração das leis

²³ Ele menciona, como exemplo, o fato que nem todos os parlamentares avaliam e examinam todas os detalhes envolvidos, sendo que no geral há excesso de matérias para ler e compreender, não sendo raro que muitos votem sem conhecimento da matéria ou seguindo orientações dos líderes partidários (que nem sempre são parciais) (RAWLS, 2011, p. 509-510).



adotado na maioria dos países ocidentais (de origem estatal, sob um estado democrático de direito e com a tripartição dos poderes).

Tomas Hobbes expôs as suas ideias no século XVII, quando as guerras e as dificuldades dos governantes em se manterem no poder eram problemas frequentes. A sua concepção de um Estado forte e centralizador buscou dar maior estabilidade aos governos e mais segurança aos súditos. A origem das ordens estatais, para ele, deveria ser essencialmente a vontade do soberano da nação, pois delegatário no contrato social. O seu legado ao atual processo legiferante foi a visão de que as normas deve sempre advir do Estado, ou seja, que se trata de matéria cujo procedimento é de indelegável competência estatal. No que diz respeito à concentração de poderes na figura do soberano, o seu modelo teórico não encontra mais guarida nas atuais sociedades democráticas, servindo muitas vezes, apenas, para tentar justificar eventuais governos autoritários, como ditaduras e regimes totalitários.

Hans Kelsen, embora seja um filósofo do direito, contribuiu decisivamente para o modelo e a organização do Estado no mundo ocidental contemporâneo. Apregooou ele que a elaboração das leis deveria obedecer essencialmente aos aspectos formais e materiais previstos na legislação imediatamente superior – com destaque para a Constituição –, sem o emprego de limitações axiológicas, metafísicas, morais etc. Defendeu também a divisão dos poderes estatais. Assim, para Kelsen, a origem das ordens estatais advém do Poder Legislativo (que cria a norma geral para todos, sejam particulares ou o próprio governo), do Poder Executivo (que executa a norma geral e cria o direito individual por meio das resoluções administrativas, em consonância com a norma superior) e do Poder Judiciário (que interpreta a norma geral e cria a norma individual a partir dos casos que lhe são submetidos a julgamento). Com a estrutura piramidal de hierarquização das normas, sua teoria influenciou decisivamente na forma como são elaboradas e aplicadas as leis em várias nações ocidentais, a exemplo do que ocorre no Brasil. Diversas críticas lhe são dirigidas, como a de que sua teoria possibilita a sustentação legal de regimes não democráticos. É observável, porém, que contribuiu



ele para uma melhor delimitação das funções de cada poder no Estado (legislativo/executivo/judiciário), bem como para uma melhor definição, delimitação e aplicação do sistema normativo.

John Rawls, por sua vez, adentra no rol dos importantes filósofos ocidentais ao formular uma teoria que busca equilibrar (os até então inconciliáveis) anseios de liberdade e justiça social, defendendo a manutenção do estado democrático de direito e da tripartição dos poderes. Sua concepção do Estado e do direito é principalmente voltada ao cumprimento voluntário da legislação, com destaque para a concepção do justo. Seus ensinamentos ainda são bastante recentes num contexto histórico-filosófico, de forma que não se identifica um legado ao atual processo legislativo adotado na maioria dos países ocidentais. Não obstante, suas ideias abrem possibilidades de contribuição para o aprimoramento de governos, de instituições democráticas e, por conseguinte, dos sistemas de elaboração das normas estatais.

Verifica-se que tais autores deixaram valiosas contribuições teóricas que foram e/ou ainda podem ser utilizadas ao aprimoramento do modelo de Estado (e de elaboração das normas estatais) em muitos países ocidentais. No entanto, para tal desiderato, suas teorias necessitam ser avaliadas sem descuidar o contexto histórico e cultural nas quais foram formuladas.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Elza Maria Miranda. Passos da teoria de Kelsen rumo à construção da teoria do direito. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (org.). *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 39-83.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do Estado: filosofia política e teoria da democracia*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.



CARDIM, Carlos Henrique. Apresentação. In: RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. Título original: Political liberalism.

FURLAN, Fabiano Ferreira. *O debate entre John Rawls e Jürgen Habermas sobre a concepção de justiça*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

GROSS, Oren. The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the Norm-Exception Dichotomy. *Cardozo Law Review*, v. 21, n. 5-6, p. 1825-1868, May 2000. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cdozo21&div=78&start_page=1825&collection=journals&set_as_cursor=1&men_tab=srchresults. Acesso em: 24 jun. 2018.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBS, Thomas. *Leviatan o la materia, forma y poder de una republica eclesiastica y civil*. 7. ed. Tradução: Manuel Sánchez Sarto. Ciudad de México: Impresora y Encuadernadora Progreso S.A. de C.V, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; MILÃO, Diego Antonio Perini. Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 111-138, dez. 2013. DOI 10.5007/2177-7055.2013v34n67p111.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



MOTTA, Adail Ribeiro. *Comunitarismo e Liberalismo na Filosofia do Direito de Hegel: Um estudo sobre o lugar da filosofia política hegeliana frente aos pressupostos comunitaristas e liberais*. 2006. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Programa de Pós-Graduação em Direito Pontifícia da Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

OLIVEIRA, Ramom Tácio de. Prefácio. In: FURLAN, Fabiano Ferreira. *O debate entre John Rawls e Jürgen Habermas sobre a concepção de justiça*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

RAWLS, John. *O Liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Título original: Political liberalism.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Título original: A theory of justice.

SILVA, Juvêncio Borges da; TAVARES NETO, José Querino. Thomas Hobbes e os fundamentos do Estado absolutista. In: MEZZARROBA, Ordes (org.). *Humanismo político: presença humanista no transverso do pensamento político*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 157-173.

TAQUIA, Dante Morales. ¿Fue Carl Schmitt un jurista al servicio del nazismo? [S. l.: s. n.], 2017. Disponível em: <https://legis.pe/carl-schmitt-jurista-nazismo/>. Acesso em: 14 jul. 2018.

WENAR, Leif. John Rawls. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2017. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/rawls/>. Acesso em: 19 ago. 2018.



A LIBERDADE PARA JOHN RAWLS: UMA ABORDAGEM DO SEU PRINCÍPIO DA IGUAL LIBERDADE E UMA ANÁLISE DA SUA LISTA DE LIBERDADES BÁSICAS, COM ÊNFASE NA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Michel Ferrari Borges dos Santos¹

INTRODUÇÃO

O presente ensaio é um recorte de um trabalho maior, em que será abordado o direito fundamental à liberdade religiosa no Brasil e os conflitos que esse direito possui com outros direitos também fundamentais e tutelados pela Constituição Federal de 1988. O conceito de liberdade e os contornos que ele recebe na sociedade moderna são de grande importância nesse específico estudo, conceito também muito estimado no pensamento político e de grande relevância histórica.

Nessa senda, mostra-se de fundamental interesse o estudo da liberdade em sua perspectiva filosófica, ocasião em que John Rawls e sua teoria da justiça são lembrados como expoentes máximos do pensamento político moderno. No mesmo viés, porém de maneira mais específica, analisar-se-á também a lista de liberdades formulada pelo autor, com ênfase na liberdade de expressão, instituto importante quando pensado

¹ Advogado. Mestrando em Direitos Fundamentais Cíveis: A ampliação dos Direitos Subjetivos, pelo programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC (2018). Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP (2017). Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.



sob o aspecto do indivíduo enquanto cidadão e substancialmente capaz de influenciar o Estado e a sociedade que habita.

Este artigo abordará, portanto, o pensamento do filósofo John Rawls, que buscou formular uma teoria política e ordenar uma concepção de justiça, para uma sociedade que se diga democrática. A principal obra de Rawls é justamente a acima mencionada “Uma Teoria da Justiça”, em que o autor se preocupa em elaborar os princípios da justiça para reger a sociedade democrática por ele imaginada.

A liberdade possui tamanha importância para o autor, que é o primeiro princípio da justiça por ele formulado. Importante mencionar que os alicerces para a formulação dos princípios da justiça de Rawls são a liberdade e a igualdade, temas que interessam a este projeto, notadamente no que tange ao valor “liberdade” constante no primeiro princípio da justiça, conforme anteriormente mencionado. Esse será o principal objeto de estudo deste trabalho.

O presente artigo será dividido em duas partes. Primeiramente, serão apresentadas algumas considerações gerais acerca da teoria da justiça de John Rawls, adentrando-se nas características do seu entendimento acerca do princípio da igual liberdade. Em um segundo momento, a abordagem do instituto “liberdade” acontecerá de forma a analisar mais especificamente a lista de liberdades básicas formuladas pelo autor, enfatizando-se a liberdade de expressão – muito relacionada com a expressão política.

A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS E O SEU PRINCÍPIO DA IGUAL LIBERDADE

Pontua-se inicialmente que a liberdade é um instituto de difícil definição, mas que sempre exerceu um fascínio sobre a humanidade, ligando-se ao longo da história com a sociedade, o poder, o Estado, com o princípio da igualdade e com a cultura,



fenômenos esses que variaram de acordo com o desenvolvimento histórico. Hodiernamente, a liberdade é vista como o poder que cada ser humano possui de escolher suas ações e encaminhar sua vida, sem esquecer da importância que tem o fato de a pessoa possuir capacidade substancial para efetivamente assim exercer esse direito (FAVERO, 2016).

Assim, adentra-se no tema específico deste ensaio, que apresenta considerações breves acerca da teoria da justiça de John Rawls, uma vez que o objeto central deste artigo é a análise do princípio da liberdade para o autor e da lista por ele formulada.

John Rawls, pensador jusfilosófico, autor liberal, que expôs suas concepções de justiça na obra *Theory of Justice*, traduzida para o português como “Uma Teoria da Justiça”, apresentada à sociedade no ano de 1971, é expoente máximo das discussões contemporâneas acerca do tema. Seu entendimento sobre justiça, por ele chamada de *justiça como equidade*, é estruturado para aplicação em uma democracia constitucional. Portanto, já partimos desse pressuposto, tendo em mente uma democracia constitucional, uma sociedade onde se respeitem a soberania popular e os direitos e garantias fundamentais (MORAIS; SILVA, 2010; RAWLS, 2002).

Antes de adentrar à teoria de Rawls propriamente dita, convém informar que o seu conceito de liberdade tem origem nas ideias dos pensadores John Locke², Jean Jacques Rousseau³ e Immanuel Kant, todos filósofos liberais. Pode-se dizer que a teoria de

² Para Locke (1978) todos os homens são por natureza livres, iguais e independentes, não podendo ser o indivíduo privado dessa condição com a submissão ao poder político de outra pessoa sem consentir para isso. Revestindo-se dos elos da sociedade civil, o ser humano abdica da sua liberdade natural, unindo-se em comunidade para viver de forma mais confortável e segura.

³ A relação entre a liberdade e a igualdade constituem toda a obra de Rousseau e são o cerne da sua filosofia, que defende a concepção de que, em sociedade, os homens buscarão viver juntos e em condições de liberdade e igualdade, através de um contrato social. Nessa perspectiva, os homens buscariam a substituição de uma “liberdade natural” por uma “liberdade moral ou civil”, garantida por meio do contrato social em uma sociedade democrática. Demonstra-se clara a importância da liberdade para Rousseau, pois um homem que a renuncia perderia, inclusive, a qualidade de homem. No contrato social, os homens não renunciam à sua liberdade, mas entram em um consenso para a proteção desse e outros direitos, em prol do bem comum (FARIAS JÚNIOR; SOBREIRA, 2012; ROUSSEAU, 1999).



Rawls é um aprofundamento dos estudos desses filósofos (ROSCHILDT, 2009). Lembra-se que o autor se baseia na tradição do liberalismo kantiano e funda em sua teoria um paradigma liberal, com ênfase na proteção dos direitos civis individuais, no direito à propriedade e à integridade pessoal (MORAIS; SILVA, 2010).

Sendo Rawls um liberal, antes mesmo de analisar seu princípio da liberdade, entende-se relevante a informação de que o liberalismo apresentou duas espécies de doutrinas diferentes ao longo da história: uma vertente econômica e outra político-filosófica. A primeira trata da defesa dos livres mercados conjugada com a pouca regulamentação estatal, enquanto a segunda vê os homens como livres e iguais desde o seu nascimento. É essa visão que aqui se mostra pertinente, pois é a doutrina político-filosófica do pensamento liberal que é a adotada por Rawls em seu discurso acerca da igual liberdade (ROSCHILDT, 2009).

Analisando o pensamento rawlsiano, verifica-se que o autor dá grande importância ao indivíduo como um sujeito de direitos, incluindo entre eles, logicamente, o direito à liberdade. Agregase um valor aos cidadãos individualmente considerados livres, para assim determinarem os rumos de suas vidas no âmbito privado. A igual liberdade exposta por Rawls, além do respeito à privacidade, objetiva que esses indivíduos estruturem a legislação que terão de respeitar, ocasião em que trata de uma liberdade pensada não mais somente enquanto reitora do espaço da vida privada, mas também no âmbito público (ROSCHILDT, 2009).

Em passos seguintes se voltará à análise específica da liberdade em Rawls, importante alicerce de sua teoria, porém, neste momento, atenta-se ao individualismo característico das ideias do autor, ponto importante quando se pensa em liberdade.

Assim, a teoria de Rawls ganha especial relevo com seu viés de ser uma teoria da justiça que não beneficia somente a maioria, mas sim todos os indivíduos indistinta e singularmente considerados. O individualismo é uma característica importante da sua teoria, pois em seu pensamento, uma sociedade justa terá de atender os interesses dos sujeitos que a compõem (MORAIS; SILVA, 2010). Nesse aspecto,



Rawls (2002) objetivou uma concepção de justiça alternativa ao utilitarismo, que por muito tempo dominou o pensamento político anglo-saxão, substituindo-se a ideia de contrato social pela noção de que cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça. Esse direito pensado de forma singular para cada cidadão não pode ser ignorado nem mesmo para o bem-estar coletivo, uma vez que não se aceita a perda da liberdade de alguns como meio para beneficiar outros indivíduos ou uma maioria.

Nessa linha de raciocínio, a teoria rawlsiana não admite e critica os postulados utilitaristas, pois eles não seriam capazes de explicar as liberdades e os direitos fundamentais dos cidadãos como pessoas livres e iguais, valores essenciais no entendimento do que seria uma sociedade democrática e justa para o autor (MORAIS; SILVA, 2010).

Em sua concepção de justiça não se admite também o princípio do prejuízo, pois acarretaria a possibilidade de uma minoria restar prejudicada em virtude de um bem maior para a coletividade ou para a maioria. Conforme anteriormente demonstrado, Rawls dá grande importância ao indivíduo, o que vai de encontro à concepção utilitarista e ao princípio do prejuízo, pois esses postulados contrariam a igual liberdade entre os cidadãos (ROSCILDIT, 2009). A análise dessa crítica que é feita ao utilitarismo é de especial importância quando se pensa no princípio da liberdade em Rawls: o respeito ao indivíduo e a não violação dos seus direitos em detrimento de um direito da coletividade.

Na sociedade justa rawlsiana, as liberdades de cidadania em igualdade para todos são consideradas invioláveis e não estão sujeitas às negociações políticas ou à interesses sociais que às restrinjam, pois, o indivíduo é livre *per si*. Ainda nesse viés, defende-se que leis ou instituições injustas – que não respeitem a teoria da justiça pensada pelo autor – devem ser abolidas do meio social (MORAIS; SILVA, 2010).

O grande enfoque que Rawls (2002) dá ao utilitarismo não faz com que a cooperação social seja deixada de lado em sua obra. Ressalta-se que a cooperação social também é de grande relevância, uma vez que possibilita que todos tenham uma vida melhor. Assim, a colaboração pode trazer benefícios maiores em uma verdadeira



ordenação social. Perquirindo essa ordenação da sociedade, Rawls desenvolveu os princípios da justiça, sendo o real interesse da sua teoria verificar a forma como as instituições sociais distribuem direitos e deveres fundamentais. É então, nesse ínterim, que o princípio da liberdade recebe especial atenção, conforme se analisará na sequência.

O objetivo central da teoria de Rawls é a elaboração de princípios de justiça para regular as instituições básicas e as pessoas que vivem em uma sociedade democrática, objetivando a estabilidade do corpo social. Os seus princípios da justiça são pensados como escolhas de indivíduos livres e iguais, em uma deliberação racional, a partir do que chama de *posição original* – que é um estado hipotético, que dá suporte e possibilita a realização da justiça por ele intentada. O propósito desses princípios é, conforme anteriormente descrito, dar sustentação à estrutura básica da sociedade, ordenando as instituições para trabalharem em cooperação (FARIAS JÚNIOR; SOBREIRA, 2012; FROSI, 2014). Os princípios são justificados também, além do fato de serem uma escolha feita em uma *posição original*, por serem harmônicos entre si, sendo que após o estágio de escolha, é necessário que sejam “movidos” para uma sociedade constitucional (HART, 1973).

Na estrutura básica da sociedade, as pessoas nascem em condições diferentes umas das outras, com a conseqüente diferente expectativa de vida. São distinções que têm por base aspectos econômicos, sociais, políticos e que acabam definindo as liberdades e os direitos de um indivíduo – logo na sequência, se verá que essas discrepâncias são sanadas na teoria de Rawls pelo o que ele chama de *véu da ignorância*. Buscando a ordenação social, o autor formulou seus dois princípios da justiça que afrontam as desigualdades na estrutura básica, inevitáveis em qualquer sociedade. Os princípios da justiça de Rawls são imaginados através de uma abstração do contrato social, com pessoas em uma *posição original* e cobertas pelo já mencionado *véu da ignorância* (MORAIS; SILVA, 2010).

Sob esse véu – artifício que impede que circunstâncias sociais interfiram nas escolhas dos indivíduos acerca do que acham justo – os cidadãos não teriam conhecimento dos fatores acerca de si mesmos,



elegerdo os princípios que são considerados justos e que devem fazer parte do contrato social. Nesse sentido, para escolha dos princípios, ninguém saberá qual seu lugar na sociedade ou sua posição social, não conhece suas habilidades, inteligência ou força, nem qual é sua concepção de bem ou seus traços psicológicos. As pessoas em *posição original* não têm nem mesmo noção de a qual geração pertencem, mas é importante mencionar que a racionalidade está nelas presente, com conhecimentos de fatos genéricos da sociedade humana, como relações políticas e teoria econômica. A racionalidade é necessária, uma vez que terão de escolher os princípios reitores do contrato social (RAWLS, 2002).

Rawls defende que seus princípios da justiça devem ser concebidos em uma abstração, no sentido de que pessoas livres e racionais, longe de seus interesses pessoais, concordariam em ter suas vidas governadas se eles tivessem que escolher tais princípios ignorando suas habilidades, sua classe social, sem noção de seus bens e sem conhecimento do nível de desenvolvimento da sociedade da qual serão membros (FROSI, 2014; HART, 1973).

O primeiro princípio da justiça exposto por Rawls (2002) é o princípio da igual liberdade,⁴ que é formulado no sentido de que cada indivíduo deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais, compatível com um sistema de liberdade para todos. Deve-se oferecer as mesmas liberdades básicas para todos os cidadãos, sendo que esse primeiro princípio prevalece inclusive sobre a utilidade social ou sobre o bem-estar geral, conforme demonstrado quando abordado o tema do utilitarismo (FROSI, 2014). A narrativa de Rawls quanto à liberdade e sua relação com a justiça traz a ideia de que a liberdade somente pode ser restringida em virtude de outra liberdade, mas nunca sob o argumento de ceder espaço à outras vantagens econômicas e sociais. Mais: deve-se ter em mente que os princípios de justiça devem ser lidos em ordem lexical, sendo

⁴ Ressalva-se que o primeiro princípio da obra "Uma Teoria da Justiça" sofre uma reformulação em "Liberalismo Político", obra em que o autor volta a abordar seus princípios. Nesta segunda obra, traz-se a ideia de que o indivíduo deve ter acesso a um sistema plenamente adequado de liberdades iguais, e não ao mais extenso e total sistema de liberdades (RAWLS, 2000).



por isso, repisa-se, que a liberdade somente poderá ceder espaço para outra liberdade (HART, 1973).

Apenas para não deixar passar, cumpre mencionar que segundo princípio da justiça elaborado por Rawls se refere ao problema das desigualdades sociais e econômicas, sendo aqui mencionado resumidamente como o princípio da igualdade equitativa de oportunidades. Essas discrepâncias nas condições sociais deveriam ser sanadas para o benefício de todas as pessoas, visando uma igualdade de oportunidades para todos (HART, 1973; ROSCHILDT, 2009). Nesse sentido, ditas desigualdades deveriam ser ordenadas de forma a trazer maior benefício possível para os menos favorecidos, para assegurar uma igualdade equitativa de oportunidades a todos os cidadãos, com uma distribuição aproximadamente igualitária de riquezas (RAWLS, 2002). Não se adentrará à análise desse segundo princípio, uma vez que este trabalho visa abordar especificamente o direito fundamental à liberdade.

O primeiro princípio da justiça – igual liberdade – conforme dito, é um postulado de que todas as pessoas devem possuir direito ao mais abrangente sistema de liberdades, que deve ser compatível com os direitos e liberdades dos outros indivíduos. Importante frisar que esses outros indivíduos também são detentores de um valor intrínseco, de uma igual liberdade, uma vez que Rawls adota o entendimento de que certos direitos são inalienáveis, pois são valores inerentes ao ser humano (ROSCHILDT, 2009). Nota-se assim, que ao conferir um amplo sistema de liberdades para um indivíduo, compatível com a liberdade de outros indivíduos, a importância que o autor confere ao sujeito em detrimento algum valor econômico-social ou de uma felicidade para a maioria.

Assim, entre os princípios formulados por Rawls (2002), é dado à liberdade uma prioridade quando relacionada a outros fatores, como, por exemplo, vantagens econômicas. Por esse motivo, defende-se a prioridade das liberdades básicas fundamentais, que são entendidas como legalmente reconhecidas e protegidas de interferências estatais ou de terceiros, devendo seus princípios ser interpretados em ordem lexical – pois a liberdade não pode ceder



às contingências sociais, conforme já mencionado anteriormente. A liberdade somente poderia ser restringida para fortalecer outras liberdades partilhadas por todos os sujeitos sociais, em nome do melhoramento do sistema de liberdades como um todo. Essa interpretação acerca da impossibilidade de restringir uma liberdade em face de direitos sociais ou econômicos é uma regra de prioridade exposta por Rawls, objetivando solucionar eventuais conflitos entre os direitos da sua sociedade justa (HART, 1973).

Já se percebeu que Rawls atribui às liberdades uma posição de mais relevantes bens primários, uma vez que concede verdadeira prioridade ao princípio da liberdade. O exposto até então acerca da teoria da justiça de John Rawls possibilitou um entendimento apurado das bases nas quais o filósofo construiu seu pensamento, chegando-se à abordagem do primeiro princípio do autor, a igual liberdade. A obra continua com argumentos importantes, que levam em consideração os indivíduos menos favorecidos na sociedade, buscando formas para atenuar as desigualdades sociais, demonstrando um caráter de intervencionismo estatal em sua teoria. Essas informações ficam aqui como sugestão para aprofundamento quando de eventual estudo do segundo princípio formulado pelo autor.

A continuidade do presente ensaio se dá, no próximo passo, com o objetivo de localizar o pensamento de John Rawls no que diz respeito à lista de liberdades básicas formulada por ele, especialmente quando trata da liberdade de expressão, caminhando-se assim no mesmo sentido até então apresentado, discutindo-se "liberdade".

A LISTA DAS LIBERDADES DE JOHN RAWLS E UMA ANÁLISE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO – LIBERDADE DE EXPRESSÃO POLÍTICA EM SUA OBRA

O direito à liberdade de expressão tem sua origem ligada às noções de liberdade, igualdade e moralidade na utilização das



palavras quando do discurso público, sendo concepções conhecidas desde a Antiguidade Clássica. A constitucionalização desse direito se mostra relativamente recente, uma vez que possui raízes nas Revoluções Oitocentistas, que combateram a opressão Absolutista. Na sociedade em que se vive, a liberdade de expressão tem uma fundamentalidade que se relaciona diretamente com a democracia, com a participação política e com a individualidade de cada pessoa (FAVERO, 2016).

Após uma abordagem filosófica da noção de liberdade, estudada pelo viés da teoria da justiça de John Rawls, continuar-se-á seu estudo, mas neste momento voltado mais especificamente à lista de liberdades proposta pelo autor, notadamente quanto à liberdade de expressão, quando ele apresenta explicações importantes acerca da liberdade de expressão política. Segundo Rawls (2002), sua argumentação em busca de um entendimento comum sobre justiça cria uma democracia constitucional, sendo que todo o seu raciocínio é construído justamente para ser aplicado nessa sociedade democrática. Atenta-se à sociedade atual e se vê o quão importante é a liberdade de expressão na concretização de direitos fundamentais ou reivindicações dos mais diversos segmentos sociais.

Na situação hipotética de construção de seus princípios, Rawls coloca os indivíduos em uma *posição original*, sob o véu da ignorância – ou seja, sem conhecimento de quaisquer fatores contingentes acerca de si mesmos. Assim, os cidadãos elegem os princípios que lhes parecem justos para o contrato social, sendo o primeiro deles a liberdade. Frosi (2014) comenta que se pode citar a liberdade religiosa como consequência desse primeiro princípio, acrescentando-se junto a ela, que a liberdade de expressão também se mostra interessantíssima como uma forma de manifestação da individualidade de cada ser humano e também de interesses coletivos.

O princípio da liberdade se refere a aquilo que pertence à esfera individual, objetivando garantir uma igual liberdade como pressuposto de justiça, com cada pessoa tendo um direito igual a um extenso sistema de liberdades fundamentais. Uma lista das liberdades



básicas é formulada por Rawls (2002) em sua obra “Uma Teoria da Justiça”, que destaca como as mais importantes: a liberdade política – garantindo o direito de o indivíduo votar e ocupar um cargo público –, a liberdade de expressão – que será na sequência melhor analisada – e de reunião, a liberdade de consciência e pensamento, e as liberdades pessoais – onde o autor se mostra contra opressões psicológicas e físicas –, entre outros direitos que emanam desse primeiro princípio.

Às liberdades expostas nessa lista, decorrentes do primeiro princípio da justiça, é atribuído um *status* especial. Como exemplo, em sua obra *Political Liberalism*, de 1993, traduzida para o português como “O Liberalismo Político”, Rawls (2000) menciona que as liberdades políticas iguais não podem ser negadas a um determinado grupo social sob o argumento de que, por disporem dessas liberdades, bloqueariam o crescimento econômico. As liberdades fundamentais estão acima disso, sendo que suas exigências não podem ser anuladas por determinada especulação de que aquele grupo iria, a partir de determinado ponto de vista acerca de questões econômicas, barrar o crescimento do Estado. É nessa mesma perspectiva que a liberdade de expressão se mostra um dos direitos mais fundamentais e sua limitação pode causar prejuízos muito severos à democracia constitucional.

Ponto importante: as liberdades fundamentais somente funcionam em um regime democrático, sendo enumeradas por Rawls de forma esquemática em sua obra, ocasião em que identifica categorias de liberdades, inclusive ilustrando o conteúdo de algumas delas, que em conjunto formam uma família de direitos. Primeiramente, trata-se da liberdade de consciência e pensamento – o que inclui opiniões, crenças, liberdade de expressão e associação. Aborda-se também a liberdade de participação política, que Rawls estuda com muito afinco quando trata do discurso e de suas restrições (NICKEL, 1994). Essas são o objeto de estudo deste trabalho.

Nesse cenário, o respeito à liberdade de expressão, de imprensa, e de reunião se mostra quando elas são tratadas como as primeiras liberdades garantidas ao cidadão em uma sociedade bem ordenada. Veja-se, caso o indivíduo se expresse de forma a caluniar



ou difamar outrem, essas expressões não são protegidas pelo direito, constituindo, inclusive, crimes. Quando uma liberdade é restringida, necessária se faz uma reflexão acerca do porquê da existência dessa restrição, nesse caso, o porquê de serem configurados os delitos contra a honra acima descritos. Nota-se que a calúnia e a difamação de pessoas privadas não possuem relação com o uso público da liberdade de expressão e em nada tem a contribuir à regulação da estrutura básica da sociedade (RAWLS, 2000).

Quanto às liberdades de expressão política e de imprensa, braços da liberdade de expressão, Rawls (2000) as considera como pertencentes à categoria da liberdade fundamental de pensamento. Referente às suas esferas centrais de proteção, o autor traz a ideia de que para concretizar a proteção dessas liberdades não pode haver uma restrição prévia da liberdade de imprensa e também devem estar protegidas a possibilidade de expressão de doutrinas revolucionárias e subversivas. Mostra-se essencial em uma sociedade livre a possibilidade de os cidadãos criticarem duramente o governo, pois isso abarca o cerne da liberdade de expressão política. Nesse sentido, haveria um certo consenso de que posições e pensamentos políticos, filosóficos e religiosos não podem ser censurados, sendo que várias outras liberdades específicas derivariam dessa liberdade de expressão, notadamente da liberdade política.

O peso da liberdade de expressão é muito forte em Rawls, assim como o da liberdade de imprensa, que não pode ser restringida previamente na sociedade democrática, conforme dito. Neste ponto, chama-se a atenção, apenas à título de observação e para não deixar passar em branco, para um assunto importante na sociedade hodierna: a liberdade de expressão e o discurso de ódio. Relevante pensar nos limites que as liberdades possuem quando do discurso que vilipendia, ofende gravemente indivíduos ou grupos sociais em suas características de raça, etnia, sexo, religião, orientação sexual, entre outros exemplos que poderiam ser citados, criando um ambiente hostil e intimidador. Esse é um tema que merece ser estudado e desenvolvido de forma mais aprofundada em estudo específico, mas não poderia



deixar de ser lembrado neste escrito, que trata justamente de restrição à determinadas liberdades e os conflitos que ocorrem entre elas (CORLETT; FRANCESCOTTI, 2003).

Retomando o pensamento rawlsiano, explica-se que as liberdades fundamentais podem conflitar umas com as outras, sendo que as regras institucionais que as definem devem ser ajustadas de maneira a formar um sistema coerente. Assim, quando se estuda o aspecto prioritário das liberdades em relação ao segundo princípio da justiça formulado por Rawls, com o preceito de que uma liberdade somente pode ser restringida em nome do benefício outra, resta clarividente a característica de que as liberdades se complementam e trazem restrições umas às outras (RAWLS, 2000). O sistema de liberdades que deve ser garantido a todos os cidadãos deve ser coerente de forma às restrições impostas a determinados direitos beneficiarem o próprio sistema de direitos e de liberdades em sua totalidade. Certamente, esses preceitos devem ser aplicados quando se pensa em liberdade de expressão em conflito com outra liberdade, conforme se relatará nos próximos passos.

A necessidade de regulamentação das liberdades não viola o primeiro princípio de justiça. Veja-se o exemplo que nesse momento é abordado: uma regulamentação da liberdade de expressão de forma a garantir a si própria. Para isso, utiliza-se o exemplo da liberdade de expressão quando do debate. Para serem efetivadas, as liberdades fundamentais requerem programação e organização social, sendo que, no caso de um debate, as pessoas não poderiam falar todas ao mesmo tempo em um mesmo local, pois isso prejudicaria o entendimento do que está sendo falado. Regras de ordem são necessárias para regular a discussão livre, pois com a aceitação de procedimentos razoáveis, a liberdade de expressão atenderia seu propósito (RAWLS, 2000). Ressalta-se: o que é defendido no pensamento rawlsiano é um procedimento razoável a ser aplicado para limitar uma determinada liberdade em nome do fortalecimento da própria liberdade.



Nesse sentido, salienta-se que certas regulamentações necessárias da liberdade de expressão não se confundem com restrições ao conteúdo do que está sendo dito, como por exemplo, a proibição de discursar determinada doutrina religiosa ou corrente filosófica ou política. A esfera central da liberdade deve ser mantida, sendo que sua regulamentação não pode atingir o conteúdo do discurso, sob pena de o direito à liberdade de expressão restar ferido (RAWLS, 2000). Recordar-se da anteriormente mencionada restrição à liberdade política de determinado grupo social, sob o argumento de que as ideias desse grupo barrariam o crescimento econômico do Estado. Pensa-se assim que uma restrição no conteúdo do discurso fere uma liberdade básica individual de quem pretende se expressar, além de ofender toda a classe à qual este indivíduo pertence e por meio dele teria voz.

Aprofundando a questão da restrição à liberdade de expressão no caso do debate, Rawls (2002) explana acerca da possibilidade de serem impostas regras para que cada pessoa possa falar na sua vez e no momento oportuno, o que gera uma restrição necessária para que a liberdade de se expressar funcione – possibilitando um debate profícuo. O que se quer com essa “organização” é justamente o entendimento entre as pessoas que estão argumentando e as que estão escutando as verbalizações, ou seja, um fortalecimento da justa comunicação. Percebe-se que este aumento na liberdade da comunicação é mais valioso que a liberdade de um indivíduo poder interromper o outro. É uma restrição que fortalece o sistema de liberdades e não o conteúdo do que está sendo dito (HART, 1973).

A título de retomada do raciocínio e objetivando demonstrar a importância de se preservar a esfera central de aplicação de um direito, lembra-se da formulação dos princípios na obra de John Rawls, tanto o seu princípio da igual liberdade quanto o segundo princípio por ele formulado – princípio da igualdade equitativa de oportunidades –, escolhidos sob o *véu da ignorância*, que distribuem direitos e deveres para os cidadãos livres, iguais e possuidores de direitos fundamentais (ROSCHILDT, 2009). Com a esfera central de aplicação de determinada



liberdade mantida, não se estaria restringindo nenhum direito de forma a violá-lo, não restando feridos também os postulados dos princípios escolhidos sob o véu da *ignorância* da teoria da justiça. É para isso que a esfera central de aplicação do princípio deve ser estudada e respeitada.

As liberdades básicas constantes na lista de Rawls (2002) podem ser compatibilizadas umas com as outras em suas esferas centrais de aplicação, sendo que o sistema ideal é aquele em que são praticáveis as liberdades por ele protegidas. Por terem um status social de prioridade, a lista de liberdades fundamentais deve ser limitada àquelas que sejam essenciais, uma vez que a ampliação do rol enfraqueceria suas proteções. Quanto maior o número de liberdades previstos, maior seriam as indeterminações e desorientações dentro do próprio sistema, uma vez que as liberdades colidem umas com as outras e precisam ter suas esferas de aplicação preservadas. Conforme Nickel (1994), com os papéis centrais que as liberdades possuem, o debate para preservá-las, justificar interferências e delimitar seus alcances, é importantíssimo e enriquece os direitos.

Retomando a questão da liberdade fundamental de expressão, agora mais sob o viés de político: A livre expressão quando vista sob o aspecto do procedimento político pode trazer com ela argumentos revolucionários. O principal problema da expressão política é a defesa da subversão e de doutrinas políticas que pregam uma necessidade de revolução e uso da força ilegal para mudança estatal. A grande questão gira em torno de se delimitar até que ponto a liberdade de expressão engloba manifestos que possuem esses conteúdos. Veja-se que a destruição de um governo existente também pode significar a destruição de um sistema de liberdades básicas garantidas, o que é algo muito grave. Ao mesmo tempo, os subversivos não apenas se revoltam contra um sistema, mas possuem razões para assim proceder, sendo que reprimir a defesa da subversão significa aniquilar também o discurso político que há por trás da revolta (RAWLS, 2000).

Em contrapartida, Rawls (2000) raciocina no sentido de que uma democracia constitucional forte e bem ordenada não é pega de surpresa por forças destrutivas ou movimentos sociais revolucionários.



Quando a livre manifestação política é garantida, a insatisfação se faz presente no meio social e é evidente, pois problemas graves são apontados e não passam despercebidos. Assim, as instituições básicas de uma sociedade bem governada não são tão frágeis a ponto de serem destruídas pela defesa da subversão, pois ela pode ser uma advertência democrática de que mudanças são necessárias. Essas observações acerca da (im) possibilidade de restrições à liberdade de expressão política ampliam e fornecem uma estrutura para a defesa dos direitos humanos em geral, notadamente no sentido de que barrar manifestações políticas pode ser um ato de violação ao sistema de liberdades (NICKEL, 1994).

Rawls (2000) defende que a supressão ou restrição da expressão política livre se equipara à suspensão parcial da democracia. Mesmo admitindo que muitas formas de subversão possam ser perigosas, em uma democracia elas não podem ser sumariamente proibidas, pois uma doutrina constitucional que respeita a liberdade de expressão requer que restrições à essa liberdade aconteçam apenas no caso de uma crise constitucional grave – ocasião em que as instituições políticas não conseguem desempenhar efetivamente suas funções e nem tomar as medidas cabíveis para sua própria preservação. Significa dizer que a livre expressão política somente poderia ser restringida em caso de uma crise constitucional tão severa que requeira a suspensão temporária das instituições democráticas. O cenário ideal seria que o Estado lograsse tomar as medidas necessárias sem restringir a liberdade de manifestação política – resolvendo os problemas sociais exclusivamente com base na democracia.

Recorda-se que, em sua teoria da justiça, Rawls almeja os melhores resultados possíveis para uma sociedade, mas com os olhos atentos ao indivíduo e a ele deferindo uma especial proteção – ou seja, repudiando a ideia utilitarista. Nesse caminho, remonta-se ao valor que o autor dá ao indivíduo para se fazer uma relação com a gravidade de se restringir a liberdade de expressão, uma arma que o cidadão possui na reivindicação dos seus direitos. Somente uma crise institucional severa poderia justificar uma restrição da



liberdade de subversão, pois suspender a liberdade é suspender a democracia. Pontua-se que solucionar os problemas sociais com base na democracia preserva tanto o indivíduo quanto o Estado em que a sociedade rawlsiana está inserida, que é democrática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se o presente ensaio com uma dimensão mais clara acerca da filosofia de John Rawls e da importância de sua obra para os Estados Democráticos e para a proteção dos direitos fundamentais previstos por suas Constituições. As concepções trazidas pelo autor acerca dos seus princípios da justiça são muito significativas para o operador do direito, mostrando-se úteis – talvez ainda mais – para o administrador público e poderes constituídos. O direito de modo geral e mais especificamente os poderes da República devem estar atentos na concretização da liberdade como direito fundamental – o princípio primeiro da justiça.

A liberdade de expressão estaria muito bem protegida em sua esfera central de aplicação quando o indivíduo é singularmente valorizado, não podendo ter suas capacidades tolhidas em prol de um bem coletivo. Retoma-se: as liberdades podem ser limitadas para que sejam melhor garantidas, mas nunca o indivíduo poderia ter sua liberdade negada em nome de uma melhoria da condição econômico-social de outrem. Acredita-se que, sob o véu da ignorância, nenhum cidadão seria capaz de subtrair de si mesmo o direito de expressar livremente.

Dessa liberdade como direito fundamental, salienta-se a liberdade de expressão, amplamente abordada por Rawls como uma liberdade de expressão política e também de discurso, que não pode ser limitada de forma arbitrária, sob pena de violar gravemente a democracia. Percebe-se que a teoria da justiça formulada pelo filósofo político é atenta aos anseios populares e pode ser perfeitamente imaginada quando se tem por base a democracia brasileira e as



reivindicações sociais do seu povo. É nesse aspecto que a liberdade de expressão ganha ainda mais força, pois calar um indivíduo ou um grupo com base no poder estatal não se coaduna de maneira alguma com uma democracia, ferindo-a de morte.

Levando em consideração todo o exposto, demonstrada a importância da liberdade ou da "igual liberdade" para John Rawls, seguindo com as observações do autor acerca da limitação às liberdades, bem como suas concepções quanto à liberdade de expressão, verificou-se que o sentido de sua obra é muito claro enquanto autor garantidor da liberdade em sentido político-filosófico, vendo-se realmente os homens como livres desde os seus nascimentos, garantindo-se o respeito à liberdade em um sistema igualitário. Assim também quando analisada a liberdade de expressão, o respeito ao indivíduo é nitidamente notado com a preocupação em garantir uma esfera central de aplicação de cada liberdade.

Deixou-se para outra oportunidade a abordagem mais aclarada do segundo princípio de justiça de John Rawls, onde o autor passa a olhar com atenção para os indivíduos menos favorecidos na sociedade e analisar formas para atenuar as desigualdades sociais. Acredita-se que este é um ponto importante para que a igual liberdade seja alcançada no meio social, afinal, o sistema de liberdades tem de estar disponível a todos, o que fortalece a liberdade. Hodiernamente não é esta a ideia que vem à mente quando se pensa em liberalismo econômico, mas é a ideia de Rawls, um dos mais respeitados autores liberais da filosofia-política moderna.

A justiça, tão cara para qualquer cidadão, é um sentimento compartilhado por Rawls em sua obra, que prima por uma democracia com um sentimento comum de justiça. Esse sistema só funciona com liberdades básicas – dentre elas a liberdade de expressão – garantidas de maneira sólida. A restrição de qualquer liberdade requer motivos seríssimos, acontecendo quando o sistema já não consegue sustentar a si próprio e as instituições democráticas se mostram sem efetividade. No momento em que a liberdade do cidadão é restringida para



reestruturar o sistema, não se está mais falando de democracia, uma vez que não se estaria mais pensando em liberdade.

REFERÊNCIAS

CORLETT, J. Angelo; FRANCESCOTTI, Robert. Foundations of a theory of hate speech, *Wayne Review*, v. 48, n. 3, p. 1071-1100, 2002. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/waynl-48&i=1085>. Acesso em: 28 ago. 2018.

FARIAS JÚNIOR, João Batista; SOBREIRA, Solange Alves. Liberdade e igualdade: a herança de Rousseau nos princípios de justiça de John Rawls. *Revista Húmus*, v. 2, n. 6, p. 168-176, set./dez. 2012. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/1556/1372>. Acesso em: 25 ago. 2018.

FAVERO, Sabrina. *Discurso politicamente correto: Fronteira legítima à liberdade de expressão?* 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado Acadêmico, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, 2016.

FROSI, Julio Cesar. *Liberdade religiosa e a teoria da justiça de John Rawls*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado Acadêmico, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, 2014.

HART, H. L. A. Rawls on liberty and it's priority. *University of Chicago Law Review*, v. 40. p. 534-555, 1973. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3770&context=uclev>. Acesso em: 25 ago. 2018.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. 3. ed. Tradução: Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978.



MORAIS M. E. S. P.; SILVA, C. S. N. Breves considerações sobre a teoria da justiça de John Rawls. *Revista Digital FAPAM*, Pará de Minas, v. 2, p. 32-43, nov. 2010. Disponível em: <http://periodicos.fapam.edu.br/index.php/synthesis/article/view/31>. Acesso em: 15 ago. 2018.

NICKEL, James. Rethinking Rawls's theory of liberty and rights. *Chicago-Kent Law Review*, v. 69, n. 3, p. 763-786, 1994. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/chknt69&div=42&start_page=763&collection=journals&set_as_cursor=11&men_tab=srchresults#. Acesso em: 25 ago. 2018.

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

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

ROSCHILDT, João Leonardo Marques. O princípio da igual liberdade em John Rawls: desdobramentos formais e materiais. *Intuitio – Revista do PPGD em Filosofia da PUCRS*, v. 2, n. 3, p. 164-179, 2009. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/5996/4553>. Acesso em: 25 ago. 2018.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.



O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE NA JUSTIÇA COMO EQUIDADE: UMA ABORDAGEM A PARTIR DE RAWLS

Roberta Seitenfuss¹

INTRODUÇÃO

Rawls não foi um ambientalista, tampouco é possível afirmar que se preocupou com a questão ambiental, todavia, isso não impede que os fundamentos de sua teoria, notadamente da justiça como equidade, sejam utilizados no campo do desenvolvimento sustentável, porquanto seus argumentos acerca da noção de justiça soam atuais, contemporâneos e compatíveis com as necessidades ambientais e sociais atuais.

Assim, partindo de alguns elementos apresentados por Rawls em suas obras: "Uma Teoria da Justiça" e "Justiça como equidade: uma reformulação", será porposto, por meio de pesquisa bibliográfica, buscar analisar possibilidades de utilização do conceito de "posição original" e "véu da ignorância" para a escolha do princípio da sustentabilidade como um dos princípios básicos de justiça.

Cumpre, de antemão, frisar que o objetivo não consiste em analisar e aprofundar as críticas que a obra do autor recebeu ao longo dos anos, as quais, sem dúvida, contribuíram para o aperfeiçoamento de seu trabalho e para a longevidade de seus ensinamentos, mas sim, utilizar alguns de seus conceitos no cenário atual a fim de instigar novas formas de atuação para solução de problemas sociais utilizando a noção de desenvolvimento sustentável.

Quanto ao desenvolvimento sustentável, a proposta para o presente debate é apresentar um breve recorte conceitual a fim de

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.



esclarecer o significado desse termo tão rico e delimitar seu âmbito de utilização naquilo que diz respeito, mais especificamente, às questões ambientais e geracionais relacionadas à sustentabilidade ecológica. Esclarece-se que a sustentabilidade pode ser vista sob a ótica geracional em dois momentos distintos: intrageracional e intergeracional. Sob o enfoque intrageracional os riscos e custos ambientais devem ser divididos e considerados entre gerações que se situam no mesmo momento histórico, mas em contextos sociais ou geográficos diversos. Enquanto que a sustentabilidade intergeracional, de outra banda, busca equacionar esses mesmos problemas, porém envolvendo gerações separadas temporalmente.

O raciocínio a ser desenvolvido irá utilizar-se da segunda categoria para o aprofundamento do debate acerca das questões ambientais e superação da dicotomia entre desenvolvimento econômico e preservação ambiental, sendo este um tema atual e de suma importância para aqueles que se preocupam com a manutenção da vida humana, isso porque a realidade tem demonstrado que não é mais possível simplesmente ignorar a questão ambiental e repassar os custos ambientais da nossa sociedade para as futuras gerações. Tampouco essa seria uma forma de pensamento justa, na visão de Rawls.

Assim, utilizando a posição original e o véu da ignorância, assim como desenvolvidos na teoria rawlsiana, entende-se possível encontrar uma forma de assegurar a equidade intergeracional pela adoção do princípio do desenvolvimento sustentável como essencial para a justiça como equidade.

JUSTIÇA COMO EQUIDADE: POSIÇÃO ORIGINAL E VÉU DA IGNORÂNCIA

Como já apontado, não se pretende aqui aprofundar a teoria da justiça como equidade, apenas coletar alguns de seus elementos e, em nível de abstração, propor sua utilização em determinadas



situações. Todavia, necessário apresentar, ainda que de forma muito sucinta, alguns elementos da proposta de Rawls em sua obra *Uma Teoria da Justiça* (RAWLS, 2000) com as considerações realizadas na obra *Justiça como equidade: uma reformulação* (2003).

Rawls inicia sua obra “*Uma Teoria da Justiça*” destacando que pretende apresentar uma releitura acerca do pacto social, substituindo-o por uma “situação inicial que incorpora certas restrições de conduta baseada em razões destinadas a conduzir a um acordo inicial sobre os princípios de justiça.” (RAWLS, 2000, p. 3). Os princípios de justiça devem, portanto, orientar as instituições básicas² da sociedade, assim como a conduta dos indivíduos. Mas, para isso, é preciso que sejam justos e previamente escolhidos dentre um conjunto de princípios e formas de ordenação social a fim de que possam definir a correta e justa distribuição dos benefícios e encargos sociais, afinal, não há bens e recursos suficientes para satisfazer as necessidades de toda a sociedade em grau elevado de satisfação durante longo período de tempo.

Ademais, além da escassez de recursos também as desigualdades naturalmente existentes no seio da sociedade devem ser consideradas quando se pretende estabelecer um sistema de justiça social. A fim de orientar a escolha desses princípios básicos que servirão como norteadores da estrutura básica social, Rawls propõe um esforço de reflexão a fim de identificar quais seriam as escolhas de homens racionais em situação hipotética de igualdade.

Trata-se do conceito de posição original,³ “entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção de justiça” (RAWLS, 2000, p. 13), que pressupõe sujeitos racionais, mas ignorantes quanto à sua condição social, raça, sexo, sorte, habilidades e concepções pessoais, ou seja, desconhecem sua própria realidade, pois sobre eles paira um véu de

² “Assim, a proteção legal da liberdade de pensamento e de consciência, os mercados competitivos, a propriedade particular no âmbito dos meios de produção e as família monogâmica constituem exemplos das instituições sociais mais importantes.” (RAWLS, 2000, p. 8).

³ O autor esclarece: “Essa posição original não é, obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva da cultura.” (RAWLS, 2000, p. 13).



ignorância. Esses sujeitos, sob essas condições, elegeriam os princípios básicos de justiça de forma adequada.

A conveniência dessa forma de abstração do pensamento reside no fato de que, desconhecendo características e peculiaridades pessoais, não haveria como escolher um determinado princípio para favorecimento de condições particulares de indivíduos ou grupos de indivíduos. Esse conceito elimina quaisquer posições vantajosas de negociação na posição original a fim de garantir que os princípios eleitos e autoimpostos sejam justos e possam, assim, incidir sobre a estrutura básica social.⁴

Segundo Rawls, é justamente a escolha autônoma feita pelos membros da sociedade que garante a equidade entre as relações, pois cada um age de acordo com os princípios escolhidos porquanto também espera que os demais o farão, criando, assim, uma cooperação social para uma sociedade bem-ordenada.

Não se desconhece as inúmeras críticas lançadas sobre a teoria proposta e algumas delas serão posteriormente debatidas com mais vagar, agora, porém, importa destacar a condição de racionalidade exigida para “ingressar” no trabalho reflexivo na posição original. Crianças de tenra idade e deficientes mentais, apenas para citar exemplos, são sujeitos que estariam excluídos do ingresso nessa posição, pois lhes falta o requisito da racionalidade (seja por uma causa definitiva ou até mesmo passageira). No entanto, entende-se que apesar disso, sua condição não se encontra excluída dos princípios que podem ser escolhidos, porquanto é preciso considerar que, sob o véu da ignorância, aqueles que foram alçados na posição original devem considerar que podem eles mesmos serem os portadores de alguma grave doença incapacitante, um idoso acometido de senilidade ou uma criança de tenra idade, motivos pelos quais essas condições não podem simplesmente ser ignoradas pelos sujeitos na

⁴ “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).



posição original quando da escolha dos princípios básicos de justiça. Até mesmo porquanto, caso esses sujeitos também ingressassem na posição original, também estariam abarcados pelo véu da ignorância e desconheceriam essas particularidades e não poderiam eleger princípios que fossem mais favoráveis para a sua condição.⁵

Para Rawls, os princípios a serem definidos na posição original são aqueles mais relevantes a incidirem na estrutura básica da sociedade, seriam, portanto, as diretrizes fundamentais da sociedade. Interessa, também, destacar que tal teoria da justiça como equidade foi pensada a fim de ser aplicada em um regime democrático e liberal,⁶ assim, a legitimidade das escolhas justas reside no poder político (enquanto poder de cidadãos livre e iguais) (RAWLS, 2003, p. 118) e sua aplicação encontra força na medida da cooperação social.

Dois seriam os princípios básicos estabelecidos na posição original, segundo Rawls: igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos compatível com o mesmo esquema de liberdade para todos, princípio da igualdade; as desigualdades sociais e econômicas devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos e em condições de igualdade equitativa de oportunidades e essas desigualdades somente podem ocorrer se resultarem no máximo de benefícios compensatórios aos menos favorecidos, princípio da diferença (RAWLS, 2000, p. 16).⁷

⁵ Como já restou esclarecido, não se pretende aqui aprofundar as críticas, muitas delas bem lançadas, acerca da posição original, tão somente utilizar a sua essência, assim como imaginada por Rawls, como base para o presente estudo.

⁶ Importa aqui destacar que a noção de liberalismo em Rawls não pode ser associada sem reservas a noção de liberalismo propagada pelo senso comum: "A menção [...] de um regime liberal-socialista me obriga a acrescentar que a justiça como equidade não decide se os seus princípios são realizados com mais sucesso por alguma forma de democracia da propriedade privada ou por um regime liberal-socialista. Deixa-se a questão em aberto, para que seja resolvida pelas condições históricas, tradições, instituições e forças sociais de cada nação. Como uma concepção política, a justiça como equidade não inclui, portanto, nenhum direito natural de propriedade privada dos meios de produção (embora de fato inclua um direito de propriedade pessoal como necessário à independência e à integridade dos cidadãos), nem um direito natural à propriedade e à gestão de empresas pelos trabalhadores. Em vez disso, oferece uma concepção da justiça à luz da qual, dadas as circunstâncias particulares de uma nação, essas questões podem ser resolvidas de forma racional." (RAWLS, 2000, p. XIX).

⁷ O primeiro princípio sempre precede o segundo e a primeira parte do segundo princípio preceda a segunda parte (princípio da diferença) (RAWLS, 2003, p. 60).



Importa destacar, ainda, outro princípio importante para o raciocínio a ser desenvolvido no presente trabalho, o princípio da poupança justa, que representa uma série de restrições do produto social que a geração atual estaria disposta a poupar para as gerações futuras, “partindo da suposição de que as gerações anteriores tenham seguido a mesma escala.” (RAWLS, 2003, p. 227).⁸

Tanto o princípio da diferença quanto o da poupança justa mostram-se relevantes porquanto tratam da distribuição de bens e justiça no tempo e no espaço. O princípio da diferença vigora dentro de uma mesma geração (intrageneracional), ao passo que o princípio da poupança justa vigora entre gerações (intergeracional) (RAWLS, 2003, p. 225).

Para finalizar essas brevíssimas considerações acerca da posição original e véu da ignorância, interessante lembrar a possibilidade da utilização teórica hipotética de tais conceitos a qualquer momento para justificar ou reavaliar posicionamentos e condutas. Então, não seria possível incluir ou eleger como um princípio básico a ideia de sustentabilidade?

PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE

“Não há prosperidade econômica sem justiça social e justiça social sem prosperidade econômica, e dentro dos limites da sustentabilidade ecológica.” (BOSSERMANN, 2015, p. 78). Essa frase parece traduzir a importância e a essencialidade do princípio da sustentabilidade, notadamente em uma visão antropocentrista.

O primeiro ponto para a definição do conceito de desenvolvimento sustentável parece ser o consenso de que não se está falando de uma regra, mas sim de um princípio. Isso porque, seguindo o esquema proposto por Dworkin, princípios estabelecem padrões que

⁸ Vê-se, assim, que Rawls justifica a poupança justa (*saving principle*) não como o resultado do debate de gerações na posição original, mas sim por um viés que mais se aproxima do imperativo categórico de Kant, porquanto deve ser feito aquilo que se espera que as gerações passadas tivessem feito para a nossa geração (BEEKMAN, 2004, p. 8).



devem ser seguidos e observados, não porque asseguram melhorias ou avanços na economia ou na situação social, mas porquanto são imperativos de justiça, equidade ou moralidade (DWORKIN, 2007).

O conceito de desenvolvimento sustentável já foi abordado⁹ em diversos tratados internacionais: “A fim de alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada separadamente deste.” (BOSELNANN, 2015, p. 80). Bosselmann o define como “o dever de proteger e restaurar a integridade dos sistemas ecológicos da Terra” (BOSELNANN, 2015, p. 82) e destaca, ainda, que a análise histórica da evolução deixa transparecer de forma clara a sustentabilidade ecológica como ideia central do conceito e, quanto ao seu inegável valor normativo, afirma que realmente não é tão claro como ocorre com outros princípios, “mas isso é devido à complexidade das questões envolvidas e não a uma ambiguidade normativa do próprio conceito.” (BOSELNANN, 2015, p. 80).

Todavia, o que mais interessa pontuar acerca do pensamento do referido autor é a posição conferida ao princípio da sustentabilidade, porquanto Bosselmann afirma: “localizaremos a sustentabilidade como o princípio mais fundamental do ambiente, igual a outros princípios fundamentais do direito, como liberdade, igualdade e justiça.” (BOSELNANN, 2015, p. 83). E o posicionamento encontra amparo não só no conceito complexo e abrangente já assinalado, como também na abordagem global e integrada que a concretização desse princípio exige.¹⁰

⁹ Importante destacar Bosselmann destaca que “o princípio do desenvolvimento sustentável ainda não adquiriu plena personalidade jurídica internacional, como, por exemplo, o princípio da precaução. Ele ainda não foi incluído em um tratado internacional, nem aceito na prática geral dos Estados, acompanhado pelo *opinio iuris*.” (BOSELNANN, 2015, p. 82).

¹⁰ Bosselmann destaca três documentos de cunho internacional que foram elaborados a partir dos conceitos de sustentabilidade e que evidenciam a abordagem ampla e global que a sustentabilidade declara como sendo o seu conteúdo: Projeto de Pacto Internacional sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da IUCN (1995), Carta da Terra (2000) e Declaração de Princípios do Direito Internacional de Nova Delhi (2002) (BOSELNANN, 2015, p. 84).



Expressando o pensamento de que o princípio da sustentabilidade exige uma amplitude de visão e integração com diversos outros ramos, importa destacar alguns dos princípios inseridos na Declaração de Nova Delhi que se relacionam com os princípios básicos de justiça encontrados em Rawls. O primeiro deles representa a dimensão social do desenvolvimento sustentável: equidade e erradicação da pobreza. “Entende-se como equidade intrageracional (dos direitos das pessoas dentro da geração atual a um acesso equitativo aos recursos naturais da Terra) e equidade intergeracional (dos direitos das gerações futuras)” (BOSELMANN, 2015, p. 85). O tema será posteriormente retomado em análise conjunta com a posição original, mas, de antemão, verifica-se a relação estreita e até mesmo de interdependência entre os princípios defendidos por Rawls na posição original e a sustentabilidade. Com efeito, a justiça como equidade não pode desconsiderar a questão da distribuição dos ônus ambientais entre as gerações.

Outro conteúdo importante que orienta o desenvolvimento sustentável é a abordagem da precaução para a saúde humana, recursos naturais e ecossistemas. A precaução revela um importante pensamento acerca da imprevisão das consequências futuras das condutas atuais, apenas para exemplificar, as alterações genéticas promovidas em seres vivos criam interações totalmente imprevisíveis no futuro, motivo pelo qual a liberação dessas práticas deve ser considerada à luz do princípio da precaução, pois simplesmente não há como prever os danos que podem ser causados à saúde humana e ao meio ambiente, portanto, os benefícios para que o risco seja assumido devem ocorrer não somente no campo econômico, e não somente para as gerações atuais.

Por fim, destaca-se o princípio da integração, isso porque não é possível a pretensão de desenvolvimento sustentável sem um inter-relacionamento “em especial em relação aos direitos humanos e os objetivos sociais, econômicos e ambientais.” (BOSELMANN, 2015, p. 87). Interessante anotar que essa mesma linha de pensamento é encontrada no pensamento de Amartya Sen: “o crescimento econômico não pode



insensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos." (SEN, 2010, p. 29).

Resta claro que o princípio da sustentabilidade comporta várias dimensões e sua análise é complexa, sendo necessária sua compreensão temporal, espacial, material e procedimental. No plano temporal, o princípio representa a ideia de justiça intergeracional, enquanto que o aspecto espacial aborda as interferências negativas ou positivas no aspecto geográfico de um país, de uma região ou até mesmo efeitos de escala planetária. O aspecto material representa três vertentes: ambiental, social e econômica, sendo a sustentabilidade justamente a equação de todos esses fatores (ARAÇÃO, 2015, p. 79-82).

O princípio também pode ser densificado como procedimento que confere validade para as decisões atuais que possam representar interferências para as futuras gerações. Nesse sentido, destaca Aragão que os princípios da participação e abertura, previstos no Tratado da União Europeia consideram válidas as decisões que foram tomadas em consideração aos interesses não só das atuais, como das futuras gerações. A autora destaca: "Esta é uma das questões mais complexas, equacionadas a propósito do princípio do desenvolvimento sustentável: como promover a representação actual dos interesses futuros?" (ARAGÃO, 2015, p. 81). A resposta, talvez, possa ser encontrada em Rawls.

POSIÇÃO ORIGINAL E SUSTENTABILIDADE: UM DEBATE POSSÍVEL?

Ainda que Rawls não tenha previsto as questões ambientais e de sustentabilidade ecológica como fundamentais ou elementares em termos de justiça, não há como negar que sua teoria de uma justiça como equidade pode ser utilizada para defender a inclusão do princípio da sustentabilidade como essencial para a estrutura social.



Isso porque o sistema econômico dominante pressupõe a possibilidade de crescimento *ad infinitum*, como se os bens naturais fossem eternamente renováveis e como se a solução para todas as crises residisse unicamente no fato de manter ou aumentar as taxas de crescimento comercial com a geração de rendas e riquezas (HERGUEDAS, 2009, p. 407).

Todavia, a esgotabilidade dos recursos essenciais para a manutenção da vida impõe, necessariamente, uma revisão dessa concepção clássica, seja pela instituição de mecanismos de compensação de danos, seja pela limitação do direito de propriedade pela função social e ambiental, por exemplo. Não bastasse esse argumento, verifica-se, ainda, que a solução clássica de retomada ou aumento do crescimento econômico acaba por privilegiar uns poucos, enquanto para a maioria da população representa somente uma forma de sobrevivência, e não de ampliação de liberdades ou possibilidades, como cita Beck: "*la historia del reparto de los riesgos muestra que éstos siguen, al igual que las riquezas, el esquema de clases, pero al revés: las riquezas se acumulan arriba, los riesgos abajo.*" (BECK, 2001, p. 40-41).

Entende-se, assim, que o diálogo entre esses polos pode e deve ser feito pelo viés do princípio da sustentabilidade, cuja crescente importância pode ser percebida pelas metas estabelecidas na Agenda 2030 da ONU, o que também aponta para outra questão de suma importância, a transnacionalidade das questões ambientais. Se é certo que os menos favorecidos são os mais afetados e suportam maiores riscos ambientais, isso não quer significar que eles não estejam presentes para toda a sociedade atual, para a população de uma forma global, além de implicarem em riscos para as futuras gerações.

Então, definidos os contornos daquilo que se entende por sustentabilidade e sua importância para a manutenção da vida e da sociedade justa, entende-se que seria possível utilizar a teoria da posição original e do véu da ignorância a fim de incluir o princípio da sustentabilidade como estrutural para uma sociedade pautada pela justiça como equidade.



Com efeito (relembrando o caráter teórico e hipotético do presente trabalho), diante de problemas ecológicos graves e crescentes, aliados aos conflitos sociais que crescem na mesma escala, os valores da democracia liberal devem ser reformulados de modo a que passem a respeitar as possibilidades das gerações futuras. Para tanto, pode-se utilizar o conceito de posição original idealizado por Rawls. Isso porque não seria justo, seguindo a linha de Rawls, excluir as futuras gerações do âmbito de obrigações morais impostas à sociedade simplesmente porque elas ainda não existem (HENDERSON, 2018, p. 7).¹¹

Assim, se na posição original forem desconhecidas condições de classe, posição social, sexo, preconceitos, além da noção de tempo e espaço, a sustentabilidade (e seu apelo intergeracional) seria um princípio essencial a ser destacado, porquanto o sujeito desconheceria o local do planeta em que habitaria, assim como a geração a qual pertenceria, o que, acredita-se, levaria inevitavelmente a escolha da preservação de recursos e sopesamento do desenvolvimento econômico ilimitado. Nesse sentido, destaca Beekman (2004, p. 8), que se os sujeitos da posição original não souberem a qual geração pertencem, certamente firmariam acordos para a salvaguarda de determinados bens a fim de conferir certa proteção contra a chance de pertencerem a futuras e remotas gerações.¹²

Entretanto, é preciso destacar que o ingresso na posição original ocorre no momento presente, portanto, apesar de despir-se de sua posição temporal e espacial (geração), é certo que as condições ambientais e estruturais s serem consideradas são as atuais¹³. A título de exemplo, não seria possível admitir, na posição original, a ideia de

¹¹ *"That is, future generations are not precluded from the ambit of moral obligation just because they do not yet exist."* (HENDERSON, 2018, p. 7).

¹² *"Since the participants in the original position would not know to which generation they belong, they would reach agreement on a savings principle to hedge against the bad chance of belonging to a remote future generation."* (BEEKMAN, 2004, p. 8).

¹³ *"As circunstâncias da justiça refletem as condições históricas sob as quais as sociedades democráticas contemporâneas existem. Isso inclui o que poderíamos chamar de circunstâncias objetivas de escassez moderada de bens e a necessidade de cooperação social para que todos tenham um padrão de vida decente."* (RAWLS, 2003, p. 118)



que não existem efeitos ambientais decorrentes do desmatamento ou do uso indiscriminado de agrotóxicos ou aquecimento global. Entende-se, assim, que “entrar na posição original no momento presente” pressupõe, justamente, o conhecimento das mazelas contemporâneas para, a partir delas, estabelecer restrições, limites e novos princípios a fim de garantir a possibilidade de vida e de escolha das futuras gerações.

Portanto, os dados concretos a serem considerados são os atuais, mas o campo de visão não pode ser limitado unicamente pelas necessidades presentes das gerações contemporâneas, deve, ao contrário, transcender esse limite temporal, o que só será possível se, na posição original, o sujeito não tiver conhecimento de qual é a sua posição geracional.

Dessa forma, estabelecer a sustentabilidade como princípio estruturante quer significar que, a partir desse princípio, leis seriam elaboradas e instituições estruturadas a fim de garantir que as futuras gerações não sofram com as consequências devastadoras do aquecimento global ou do uso de substâncias químicas que contaminam o solo e a água em nome do aumento da produção de grãos ou da ausência de investimentos em combustíveis renováveis.

Seguindo nessa mesma linha de raciocínio, cumpre destacar outro princípio encontrado na própria teoria de Rawls - princípio da poupança justa, que pode também servir como fundamento para a necessidade de preservação de determinados bens, inclusive ambientais, pois busca impedir a dilapidação do patrimônio comum por uma geração (VALDIVIELSO, 2004, p. 211). E essa poupança só faz sentido, no campo ambiental, quando falamos em gerações, porquanto se na posição original forem consideradas somente as necessidades da geração atual, a questão ambiental não ocuparia lugar de destaque, pois seria possível viver e morrer desfrutando de forma desmedida dos bens naturais, deixando a escassez e as consequências desse comportamento para ser objeto de preocupação e debate para as gerações futuras, quando, então, poderá ser tarde demais para alguma medida eficaz. *“This delay means that ‘effects os current*



production and consumption are not apparent or recognized until a considerably later point in time; and by the time they are recognized, it may be impossible or prohibitively expensive to reverse or minimize these effects." (HENDERSON, 2018, p. 15).

Ainda que não seja possível imaginar um acordo direto entre todas as gerações, deve haver, ao menos, concordância com "um princípio de poupança com a condição de quererem que todas as gerações anteriores o tivessem seguido." (RAWLS, 2003, p. 227). Explica-se: Rawls afirma que devemos eleger e seguir princípios e padrões de restrições que gostaríamos que as gerações anteriores tivessem seguido a fim de atualmente pudéssemos ter possibilidade de existência e desenvolvimento. Esse mesmo raciocínio serve para as nossas escolhas atuais em face das futuras gerações.

Em que pese não esteja fazendo referência específica à questão da sustentabilidade, Rawls afirma que "o princípio correto é, portanto, aquele que os membros de qualquer geração (e portanto de todas) adotariam como princípio que eles gostariam que as gerações anteriores tivessem seguido, qualquer que seja o distanciamento no passado." (RAWLS, 2003, p. 227).

Inevitável, portanto, transportar o pensamento de Rawls para a questão ambiental e defender que a sustentabilidade, como condição para a existência da sociedade e da vida humana, deve ser eleito como um dos princípios básicos da estrutura social, até mesmo porque a questão ambiental, sendo um fato social, deve ser considerada como uma circunstância geral da sociedade, porquanto condição para o exercício das demais liberdades e como meio necessário para a sobrevivência humana e social (HENDERSON, 2018, p. 16).¹⁴

Com efeito, não se pode pretender que os princípios de justiça eleitos na posição original possam ser justificados e encontrem legitimidade na razão pública se a sustentabilidade não estiver

¹⁴ "Primary good such as the equal liberties are to be provided by just institutions, the establishment and maintenance of which is the purpose of economic development." (HENDERSON, 2018, p. 16).



presente no debate.¹⁵ Como visto, trata-se de uma questão essencial para a garantia da vida e das condições para uma vida saudável e plena, não só para a presente, mas para as futuras gerações.

Portanto, não há como entender justo ou razoável a poluição desmedida do ar e das águas, considerando, por exemplo, mais importante o desenvolvimento econômico como relevante por propiciar condições de melhorar as oportunidades da atual sociedade e esquecer que há bens que devem ser preservados para que as futuras gerações também possam ter o direito de escolha de suas configurações sociais e ambientais.

Isso somente seria possível se, na posição original, seus integrantes conhecessem a geração a qual pertenceriam. Se esse dado fosse subtraído, com certeza seria justo e razoável entender que os bens ambientais devem ser preservados na maior medida possível a fim de que sirvam como recursos naturais para o maior número de gerações possíveis. Com efeito, se “as instituições básicas e políticas públicas devem ser justificáveis para todos os cidadãos” (RAWLS, 2003, p. 126) então não há como desconsiderar aqueles que ainda estão por vir, porquanto na posição original não haveria como saber qual a geração seus integrantes pertenceriam.

Ocorre que não se pode afirmar que os princípios eleitos na posição original representariam uma justiça como equidade se a questão ambiental não for trazida à luz e considerada na posição original, porquanto seria uma igualdade ficta, porquanto excluídas as possibilidades das gerações futuras. Em outros termos, nossas instituições e princípios básicos não podem ser considerados justos de optamos, deliberadamente, por desfrutar dos benefícios e repassar os custos ambientais para as gerações vindouras.¹⁶

¹⁵ “Cabe a nós dizer o que as partes devem saber em vista nosso objetivo de elaborar uma concepção política de justiça que possa ser, assim esperamos, objeto de um consenso sobreposto razoável e, portanto, uma base pública de justificação.” (RAWLS, 2003, p. 126).

¹⁶ Henderson (2018, p. 9) destaca: “*In other words, the main problem of justice between generations, specially in a society as economically wealthy as Canada, is no longer the potentially unfair burden on current generations to create benefits to be enjoyed primarily by future ones, but the concern that current generations may unfairly shift-*



Interessante a colocação de Valdivielso (2004, p. 11) no sentido de que, se uma geração deixa um meio ambiente pior aos seus descendentes do que aquele que recebeu e desfrutou, então suas instituições não podem ser consideradas justas e, portanto, não haveria nenhuma obrigação de as gerações futuras seguirem o princípio da poupança justa.¹⁷ Seria o caso, então, de um ajuste nos princípios por meio do retorno à posição original?

Acredita-se que sim, pois o debate acerca da sustentabilidade na posição original deve ultrapassar gerações (até mesmo porque os bens ambientais não passam de forma linear de uma geração para outra) e ser estendido para escala planetária, considerando que as questões ambientais não respeitam fronteiras e podem atingir a humanidade em escala global (HERGUEDAS, 2009, p. 406). Até mesmo porque tem-se constatado, com pesar, que o compromisso com a justiça como equidade se perde na arena internacional e é facilmente substituído por outros princípios e interesses. Se essa discussão acerca da internacionalização é possível pela teoria rawlsiana, é assunto a ser debatido em outra oportunidade.¹⁸

Voltando à posição original e ao debate acerca do desenvolvimento econômico e proteção dos bens ambientais, há, ainda, outros argumentos da teoria rawlsiana que amparam a pretensão de inclusão da sustentabilidade ecológica como princípio fundamental. O primeiro deles é a existência de uma finalidade no desenvolvimento ou crescimento econômico, e o segundo é a própria noção do princípio de igualdade.

ing the environmental costs of present-day economic prosperity onto future generationsn."

¹⁷ "Como señalo Berry, el nivel de escasez es función de lo que hayan hecho las generaciones previas, y eso, cuando una generación deja un entorno ambiental peor a sus descendientes que el que ella disfrutó, implica que las instituciones de la segunda no serán justas, y por lo tanto ellos no tendrían ninguna obligación para respetar el principio de ahorro justo." (VALDIVIELSO, 2004, p. 211).

¹⁸ "La respuesta al por qué Rawls no lo hace hay buscarla en el énfasis de la segunda parte de su propuesta, en su concepción política, en la concreción de las partes contratantes, y la definición de la libertad y la igualdad como productos de la cultura dominante." (VALDIVIELSO, 2004, p. 213).



Quanto ao primeiro ponto, não há como conceber que o crescimento econômico seja um fim em si mesmo, mas, ao contrário, um meio para alcançar a manutenção das instituições justas. Portanto, se passarmos a conceber o desenvolvimento da economia como meio e não como fim, fica muito mais fácil introduzir o debate acerca da proteção ambiental também como um meio para garantir a continuidade das sociedades bem ordenadas e das instituições básicas em uma justiça como equidade: *"Under Rawls theory of 'justice as fairness' the goal of economic development is to establish and maintain the just institutions necessary for society to operate 'as a fair system of cooperation over time from one generation to the next'."* (HENDERSON, 2018, p. 11).

Ademais, outro relevante aspecto que pode ser considerado é que não é preciso colocar desenvolvimento econômico e proteção ambiental em polos opostos (é justamente isso que a sustentabilidade busca demonstrar), porquanto são fatores que necessariamente precisam "coexistir" (a menos que a proposta fosse de uma total reformulação das bases sociais e de toda a cultura e história dos últimos milênios). Veja-se, por exemplo, o desenvolvimento de novas tecnologias (descartadas, por óbvio, aquelas que envolvem riscos genéticos e biológicos impossíveis de serem calculados) que podem trazer a geração de emprego e renda, além de preservar os recursos naturais. Claro que o discurso de que não pode haver desenvolvimento econômico aliado à proteção ambiental é raso e empobrecido, porquanto não busca ver além das velhas fórmulas tradicionais obsoletas.

O segundo argumento alçado da teoria de Rawls pode ser compreendido em conjunto com o princípio da poupança justa e trata-se do princípio da igualdade de oportunidade para todos. Quem seriam "todos"? Se na posição original não sabemos a qual geração pertencemos, então, o "todos" deve significar todas as gerações (que estão e que virão). Então, seria justo negar às futuras gerações a possibilidade de elegerem suas prioridades e seus objetivos como consequência do uso desmedido dos recursos e do repasse dos riscos ambientais? Se a resposta for dada de acordo com a teoria da equidade de Rawls, a resposta só pode ser negativa.



Daí decorre, como já mencionado, o princípio da poupança justa,¹⁹ no qual devem estar incluídas as restrições à utilização desmedida e ilimitada dos bens naturais, porquanto sem eles não será possível que as futuras gerações possam eleger e desenvolver suas habilidades e potencialidades.²⁰ Por isso que, mesmo que a ideia de sustentabilidade possa ser extraída dos princípios eleitos, segundo Rawls, na posição original, é essencial que ela seja posta ao lado de tais princípios, tamanha a sua importância e essencialidade.

Conclui-se, portanto, que a teoria da justiça como equidade de Rawls fornece os subsídios necessários para um propósito em comum entre o desenvolvimento econômico, sustentabilidade e proteção ambiental: garantir que todos (presentes e futuras gerações) tenham garantidas as condições para exercer suas capacidades morais, senso de justiça e estabelecer seus propósitos de vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma teoria, normalmente no campo do direito ou da filosofia, nunca está finalizada, e uma boa teoria comporta aprimoramento, debate e transformação. Aí reside um dos grandes valores do

¹⁹ *According to Rawls, the burden of the cost of establishing a fair system of cooperation is to be shared equally across generations through the just saving principle. The just savings principle stipulates that each generation ought to save a percentage of economic output for the future in order to maintain just institutions over the long-term.*" (HENDERSON, 2018, p. 12).

²⁰ Importante exemplo de debate que deveria ter a sustentabilidade como fator principal é a construção da Usina de Belo Monte, no Pará. O projeto foi contestado desde sua propositura e a custos altíssimos, o Governo optou por investimentos estratosféricos em uma obra que comprometeu as comunidades indígenas, a qualidade da água, além da possibilidade de extinção de inúmeras espécies da fauna e da flora que sequer foram catalogadas ou estudadas de forma adequada em razão do alagamento de áreas naturais que deveriam ser utilizadas de forma sustentável. Outros exemplos de escolhas trágicas são apontadas pelo Instituto Internacional Rivers em um relatório intitulado: O setor elétrico e a sustentabilidade no Século 21: oportunidades e desafios, que aponta: "Até 2020, o setor de petróleo e gás receberá R\$ 590 bilhões e a construção de novas hidrelétricas terá R\$ 190 bilhões em investimentos do governo federal, enquanto a eficiência energética sequer tem um valor definido, informam os autores. Este desequilíbrio nos investimentos públicos contribui para a falta de competitividade da produção industrial brasileira, entre outros efeitos negativos."



pensamento de Rawls, que continua atual até mesmo para justificar situações e contextos que sequer seu criador foi capaz de imaginar.

Assim é que, pela potencialidade dos conceitos de sua teoria aliado à importância do debate acerca da sustentabilidade, buscou-se defender a utilização do conceito de posição original para que, dentre os princípios básicos da justiça como equidade, fosse eleito o princípio da sustentabilidade.

É claro que para que essa escolha fosse feita, seria necessária a utilização do véu da ignorância como referencial de eliminação de posições privilegiadas na posição original, além da supressão da informação acerca da posição geracional dos sujeitos, o que, pelo raciocínio acima desenvolvido, acarretaria na adoção de mais um princípio como essencial para uma sociedade justa, o da sustentabilidade. Isso porque, ao desconhecer sua geração, o raciocínio seria o de poupar recursos para que também as futuras gerações possam não somente sobreviver, mas desenvolver suas habilidades e potencialidades.

Ademais, seguindo a teoria de Rawls, não é possível afirmar que as instituições de uma sociedade são justas se desconsideram que há inúmeras outras gerações ainda por vir e que são as futuras gerações que devem suportar riscos ambientais decorrentes de escolhas atuais pautadas unicamente no desenvolvimento econômico. A adoção da sustentabilidade como princípio básico levaria a um exercício racional e lógico de sopesar situações sociais, ambientais e econômicas, assim como os resultados e riscos decorrentes não só para o conforto e fruição atual, mas levando em consideração também as necessidades das futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente na União Europeia. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saravia, 2015. p. 34-82.



BEEKMAN, Volkert. Sustainable development and future generations. *Journal of Agricultural and Environment Ethics*, Kluwer Academic Publishers, p. 3-22, 2004.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução: Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2001.

BOSELMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade. Transformando direito e governança*. Tradução: Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DWORKIN, Ronald M. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HENDERSON, Gail Elizabeth. *Rawls & Sustainable Development*. [S. l.: s. n.], 2018.

HERGUEDAS, Fernando Arribas. Sostentabilidad ecológica, justicia intergeracional y democracia liberal. Presente, pasado y futuro de la democracia. *Res Publica, Revista de filosofía política*, p. 405-413, 2009.

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

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Almiro Piseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo Companhia das Letras, 2010.

VALDIVIELSO, Joaquín. *Hay un lugar em Rawls para la cuestión ambiental?* [S. l.: s. n.], 2004.



AS CONCEPÇÕES DE LIBERDADE: DE BENJAMIN CONSTANT A JOHN RAWLS¹

Rosana Walter²

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como tema as concepções de liberdade.

É cediço que a palavra liberdade não possui um único conceito. É um valor cujo significado se transforma com a história e o plano de análise. É possível sentir-se livre em um regime de tirania e oprimido em um Estado democrático.

O presente trabalho propõe uma análise acerca das diferentes ideias de liberdade, a partir do ponto de vista de Benjamin Constant no famoso discurso *A liberdade dos antigos comparada à dos modernos* e de Isaiah Berlin no ensaio *Dois conceitos de liberdade*, avançando os estudos sobre a concepção de liberdade na filosofia contemporânea de John Rawls.

Assim, a primeira parte do texto é embasada no discurso de Benjamin Constant (1767-1830), intelectual francês que vivenciou o movimento da Revolução Francesa, marcada, basicamente, pela ruptura do absolutismo monárquico, que dominava as classes economicamente menos favorecidas à época. Constant teve contato com o absolutismo e suas mazelas e viu de perto o processo pela busca da construção da identidade francesa. Após passar por uma ordem de exílio, proclamou, em 1819, no Ateneu Real de Paris, o célebre discurso *A liberdade dos antigos comparada à dos modernos*.³

Em síntese, para o referido pensador, a liberdade dos antigos era estritamente vinculada à vida pública e política, em que prevalecia

¹ Artigo encaminhado como requisito para a disciplina "Filosofia Intercultural e Teoria Crítica dos Direitos Fundamentais". Professor Ministrante Dr. Robison Tramontina.

² Mestranda em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó, linha de pesquisa Direitos Fundamentais Cíveis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos.

³ *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*.



a vontade e os interesses da maioria. Inexistiam direitos individuais oponíveis ao Estado e a submissão do indivíduo à autoridade era completa. Já a liberdade dos modernos, contextualizada pelo autor no final século XVIII, é focada na construção da liberdade, da personalidade individual, na formação da autonomia privada e no direito de influenciar a formação da vontade estatal, bem como de ter uma esfera jurídica imune à atuação do Estado e de terceiros.

Isaiah Berlin (1909-1997), filósofo britânico de origem judaico russa, é considerado um dos principais pensadores liberais do século XX.

Um de seus ensaios mais conhecidos é *Dois Conceitos de Liberdade*,⁴ no qual ele distingue duas interpretações do termo liberdade: liberdade positiva e liberdade negativa. A primeira, em suma, propõe a ausência de impedimentos à ação do indivíduo; a segunda estabelece a presença de condições para que os indivíduos consigam atingir seus objetivos.

John Rawls (1921-2002), filósofo norte-americano, é considerado pilar da democracia liberal contemporânea. Desenvolveu uma teoria de justiça própria, a partir de um conceito geral de equidade. Sua concepção geral de justiça é dividida em dois princípios: princípio da liberdade igual e princípio da diferença.

Este artigo é focado no primeiro princípio de justiça de Rawls e pretende mostrar como são importantes as liberdades na filosofia contemporânea, notadamente, nas obras *Uma Teoria da Justiça*⁵ e *Justiça como Equidade: uma reformulação*.⁶

Busca-se, assim, analisar se o conceito de liberdade em Rawls está mais para Constant ou para Berlin.

O trabalho adotou o método lógico de investigação indutivo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica.

De se pontuar que o presente trabalho não tem a pretensão de analisar pormenorizadamente a obra de nenhum dos autores

⁴ *Two Concepts of Liberty*.

⁵ *A Theory of Justice*.

⁶ *Justice as Fairness: A Restatement*.



mencionados, mas apenas deverá observá-las à luz dos textos de Constant e Berlin.

A LIBERDADE DOS ANTIGOS COMPARADA À LIBERDADE DOS MODERNOS: CONSTANT

Benjamin Constant (1767-1830) foi um intelectual liberal francês de origem suíça, que vivenciou o movimento da Revolução Francesa (1789-1799), considerada como a encruzilhada para o mundo moderno.

A revolução, é bem verdade, promoveu a ruptura do absolutismo monárquico, que dominava, por séculos, as classes economicamente menos favorecidas à época.⁷ Engajada pelos grupos políticos radicais, pelas massas nas ruas e por camponeses, o movimento derrubou privilégios feudais, aristocráticos e religiosos da sociedade francesa. Deu vida à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e à Constituição Francesa de 1791 (GARCIA, 2015).

Foi também um movimento marcado por diversos atos de extrema violência, em que revolucionários condenavam à guilhotina outros revolucionários. Resumindo, instituíram-se tempos de terror (GARCIA, 2015).

Constant, assim, vivenciou a revolução e suas mazelas, bem como o fim desse período marcado pelo Golpe de Estado de Napoleão Bonaparte, em 1799, e posteriormente, a retomada da monarquia, desta vez constitucional, por Luís XVIII, herdeiro do Rei Luís XVI, deposto na Revolução.

⁷ O Estado Francês era organizado em três ordens, a nobreza, o clero e o povo, sendo comandado pelas duas primeiras. Ao povo não eram reconhecidos direitos, a não ser o de trabalhar. A liberdade era algo almejado, mas longe de ser concretizado, e a propriedade não era acessível à maior parte da população. Além disso, ainda no auge do Estado Absoluto, punições corporais eram comuns e o devido processo legal ainda carecia de concretização.



Com pouco mais de cinquenta anos de idade, Constant proclamou, em 1819, no Ateneu Real de Paris, o célebre discurso *A liberdade dos antigos comparada à dos modernos*.

Neste ensaio, Constant discutiu o valor *liberdade* em dois momentos históricos importantes e, assim, propôs a distinção entre os dois gêneros de liberdade: “Uma é a liberdade cujo exercício seria caro aos povos antigos; a outra, aquela cujo gozo é particularmente precioso às nações modernas.” (CONSTANT, 2015, p. 75).

Os antigos a que Constant se referiu eram, notadamente, os gregos da Antiguidade Clássica, para os quais a liberdade era uma liberdade essencialmente política, ou seja, relacionada à possibilidade de participação da vida social na cidade, na praça pública.

A liberdade para os antigos consistia em exercer coletivamente a soberania, em deliberar sobre a guerra e a paz em praça pública, em celebrar tratados de aliança com os estrangeiros, em votar as leis, em realizar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados, em fazer pessoas a comparecer perante todo o povo, em acusá-las, em condená-las ou em absolvê-las (CONSTANT, 2015).

Mas toda essa participação popular tinha um preço. Ao mesmo tempo em que tinham a liberdade de participar das questões públicas, os antigos viviam sob sujeição completa à autoridade do conjunto (CONSTANT, 2015).

O cidadão antigo, quase sempre soberano nos negócios públicos, apresentava-se como escravo em todas as suas relações privadas. Como cidadão, tinha a liberdade para deliberar sobre assuntos como paz e a guerra, mas, como particular, era monitorado, observado, reprimido em todos os seus movimentos. Como parte do corpo coletivo, o antigo poderia interrogar, destituir, condenar, despojar, exilar, marcar de morte seus magistrados ou seus superiores, mas como submisso ao mesmo corpo, de forma até mesmo discricionária, poderia ser privado de seu estado, despojado de suas dignidades, banido e condenado à morte (CONSTANT, 2015).

É assim que Benjamin Constant (2015) apontou para uma contradição na liberdade dos antigos: ao mesmo tempo em que o



homem era livre nas questões públicas, ele era tolhido de sua liberdade individual em quase todos os seus aspectos. Até mesmo a faculdade de escolher seu próprio culto ou sua crença era considerada um ultraje para os antigos.

De um modo geral, a maioria dos cidadãos era pobre, viviam com simplicidade e não exerciam nenhuma profissão que desviasse sua atenção dos assuntos do Estado.

Entre os antigos também havia certas diferenças entre os povos. A autoridade espartana intervinha até mesmo nos assuntos mais domésticos, a ponto de os jovens espartanos não poderem visitar livremente suas esposas. Não era diferente em Roma, onde as famílias eram diretamente fiscalizadas pelos censores (CONSTANT, 2015). Atenas, por sua vez, era a cidade mais comerciante de todas, a que “concedia a seus cidadãos infinitamente mais liberdade individual que Roma e Esparta.” (CONSTANT, 2015, p. 84).

O Estado da Antiguidade, como soberano absoluto, desejava a alma e o corpo do indivíduo e por isso regulamentava os pormenores das suas vidas privadas (BONAVIDES, 2001).

Mas os sacrifícios dos antigos eram justificados para a manutenção dos seus direitos políticos e de sua participação na administração do Estado, pois “seu objetivo era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria.” (CONSTANT, 2015, p. 86).

Esse conceito de liberdade poderia ser compreendido, basicamente, por aspectos geográficos e culturais.

Explicou Constant (2015) que a extensão territorial das antigas repúblicas era extremamente estreita se comparada ao menor dos Estados modernos, de modo que, conseqüentemente, cada povo combatia continuamente seus vizinhos ou era por eles combatido ou se ameaçavam sem cessar.

Desse modo de ser e agir, outra necessidade surgiu para os antigos, a de ter escravos, a quem eram atribuídas as profissões mecânicas e, em alguns casos, as profissões industriais. Era por essa necessidade também que se guerreava, pois “uma guerra feliz



acrescentava em escravos, em tributos, em terras partilhadas, à riqueza pública e à particular." (CONSTANT, 2015, p. 82).

Era inegável que existência da escravidão, que era institucionalizada na Antiguidade, gerou tempo disponível para que os mais privilegiados pudessem atuar diretamente nas questões políticas, das quais eram relegadas as mulheres, os escravos e os estrangeiros. Apenas filhos de mãe e pai atenienses é que poderiam participar da vida política.

A liberdade dos antigos, portanto, era caracterizada por meio da participação pessoal e direta nos negócios públicos. E mesmo para aqueles poucos a quem era permitido exercer tal tipo de liberdade, a liberdade individual era algo inconcebível.

Esse conceito de liberdade antiga, que nada mais era que um aprisionamento ao poder do Estado, foi também apontado por Coulanges (1975), que entendeu ser um erro grosseiro acreditar que nas cidades antigas o homem usufruiu de liberdade, algo que ele sequer tinha ideia do que fosse, pois jamais imaginava que pudesse existir com direitos em face do Estado e dos deuses.

Bem observou Coulanges (1975) que, muito embora o sistema de governo tenha sido nominado de diversas formas, seja de monarquia, aristocracia ou democracia, nenhuma dessas revoluções apresentou ao homem a liberdade individual. Aos antigos, chamou-se de liberdade o fato de ter direitos políticos, poder votar ou nomear magistrados, mas, em verdade, o cidadão, obrigado a ver tão somente a importância e os direitos da sociedade, era escravo do Estado, e isso se deu ao caráter sagrado e religioso que a sociedade, inicialmente, revestiu-se.

No século XVIII, o caldo de cultura produzido pelo Iluminismo conferiu aos modernos daquela época o desejo pelo sabor de um novo conceito de liberdade.

Os movimentos revolucionários vivenciados na Inglaterra do século XVII, e posteriormente, nos Estados Unidos da América e na França, no século XVIII, fizeram o homem moderno aspirar por um valor primordial, a sua liberdade individual.



Constant (2015) afirmou que o conceito de liberdade buscado pelos revolucionários ingleses, americanos e franceses era muito diferente daquele sustentado pelos gregos e romanos. Era um conceito de não intervenção, de inovação da autonomia privada e independência individual, movido pelo desejo de pertencer ao comércio e à economia e não mais tão somente à política.

Esse novo conceito de liberdade representava o direito de não ser julgado à revelia, de não ser preso, maltratado e condenado à morte de forma discricionária ou pela simples vontade de quem estivesse representando a figura da autoridade (CONSTANT, 2015).

Constant (2015) enfatizou, assim, a necessidade de uma liberdade primária, individual, que englobasse, acima de tudo, o direito do indivíduo de manifestar sua opinião, de escolher e exercer sua profissão, de professar seu próprio culto, de reunir-se, de ir e vir sem precisar de permissão e sem prestar contas dos seus motivos ou dos seus passos, de dispor ou abusar de sua propriedade. Definiu como sendo o desejo por uma liberdade que permitisse, simplesmente, preencher as horas do dia conforme sua vontade, suas fantasias.

Ter liberdade para os modernos, assim, era poder buscar a expansão da personalidade individual e livrar-se da escravidão da política, que já não se sustentava mais no final do século XVIII e século XIX.

No novo mundo a extensão territorial dos Estados passou a ser incomparavelmente maior que nas cidades gregas e romanas. Deixaram de existir famílias isoladas, que, com a existência de escravos e a completa submissão das mulheres, permitia aos homens exercer a política em praça pública. A abolição da escravidão tirou da população livre todo tempo ocioso que resultava do fato de os escravos estarem encarregados da maior parte dos trabalhos. Além do mais, a extensão das cidades modernas deixou o homem perdido na multidão, de modo que sua influência na sociedade se tornou quase que imperceptível (CONSTANT, 2015).

No mundo moderno, a massa passou a ser organizada de forma diferente. Sem as guerras, o homem passou a buscar segurança nos prazeres privados e no exercício do comércio, que era diferente



daquele das épocas antigas, quando o comércio era contaminado pela atmosfera de guerra e de hostilidades (CONSTANT, 2015).

Na medida em que passou a satisfazer suas necessidades e desejos, o comércio aspirou nos homens um sentimento pelo desejo da independência individual, pela vontade de primar pela não intervenção da autoridade.

Os modernos desejaram gozar dos seus direitos, desenvolver suas faculdades como entender conveniente.

Mas, mesmo a liberdade individual sendo considerada a liberdade moderna, Constant (2015) entendeu que não se deveria esquecer da política, a qual seria a garantia para a manutenção da liberdade individual. O homem moderno também queria o direito “influir sobre a administração do governo, seja pela nomeação de todos ou de certos funcionários, seja pelas representações, petições e requerimentos que a autoridade é mais ou menos obrigada a levar em consideração.” (CONSTANT, 2015, p. 78).

Verifica-se que o discurso de Constant, na prática, buscou atingir as reações jacobinas à Revolução Francesa, que, inspirados na ideologia política de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), tentavam, de certa forma, reviver a liberdade própria do mundo antigo, mas que levou a sociedade francesa a vivenciar, na sua visão, um novo tipo de tirania.

Constant (2015) conclui que o erro de Rousseau e do abade de Mably foi querer transferir o modelo dos antigos para a modernidade, pois, para que a nação fosse soberana e o povo finalmente “livre”, pretendiam ver os cidadãos dominados e “escravizados”. Eles voltaram-se para a Antiguidade clássica “no afã de criar um conceito de liberdade que significasse essencialmente, como nos tempos clássicos, a presença ativa e militante do Homem na formação da vontade política, com correlata sujeição do mesmo a essa vontade onipotente” (BONAVIDES, 2001, p. 142), olvidando-se de que, na antiguidade, era negado ao indivíduo qualquer noção de autonomia e de direitos fundamentais perante a sociedade.

O que Constant pretendia com um novo conceito de liberdade era resgatar uma proteção contra possíveis governos



autoritários, advertindo, com seu discurso, que não havia nada que impedisse uma maioria tirânica, pois não é a vontade da maioria, que, por si só, garantiria as liberdades mais básicas, como de expressão, de crença, de religião e de convicção, algumas das quais foram afirmadas nos tempos de revolução.

A reflexão autoritária sobre a liberdade da Antiguidade colidia com o pensamento moderno da liberdade perante o Estado. Isso porque, como visto, a essência da liberdade do homem antigo era pertencer ao Estado e à política, mas a essência da liberdade do homem moderno, interessado no comércio, já não era mais pertencer ao Estado, e sim ao mercado, à economia.

A liberdade moderna tinha caráter individualista, nasceu após as revoluções inglesas no século XII, para a constituição política dos povos europeus a exemplo da independência americana e com o estampido dos embates da revolução francesa (BONAVIDES, 2001).

Nesse contexto é que Constant entendeu que a democracia participativa já não era mais possível e propôs, inspirado em Montesquieu, um sistema representativo, para que os indivíduos pudessem participar das decisões políticas, sem se olvidar das questões comerciais e de seus direitos individuais.

Explicou que o sistema representativo é aquele em que uma organização de indivíduos auxilia a nação a fazer aquilo que não pode ou não quer fazer por si própria. É um sistema que representa "uma procuração dada a um certo número de homens pela massa do povo, que quer que seus interesses sejam defendidos, mas que, todavia, não tem tempo de defendê-los." (CONSTANT, 2015, p. 99).

Constant sustentou que a representatividade e o estado moderno, juntos, poderiam garantir algum tipo de liberdade ao homem moderno. Refletindo sobre as diferenças entre o povo e a elite aristocrática, entendeu que esta, pelos seus valores nobres e maior capacidade, deveria conduzir a sociedade. O povo, desse modo, não teria tempo e nem capacidade para lidar com os trâmites políticos, mas teria o poder de supervisionar seus representantes. O



sistema representativo seria, portanto, uma descoberta dos modernos e estaria em consonância com a liberdade primada nessa época.

As críticas tecidas e a proposta de um sistema representativo por Constant evidenciaram que ele defendia a liberdade moderna, a que primava por um dever de não intervenção do Estado na esfera da personalidade individual e da autonomia privada. Desejava que fossem asseguradas as liberdades mais básicas, como a de ir e vir, de reunião, de expressão e de culto religioso, de escolha da própria profissão, e, inclusive, de influenciar sobre a administração do governo, ou seja, de participação política por meio da representatividade. Essa era, pois, a verdadeira liberdade para Benjamin Constant.

OS CONCEITOS DE LIBERDADE POSITIVA E NEGATIVA: BERLIN

As luzes do Iluminismo do século XVIII mantiveram-se acesas nos séculos seguintes, quando diversos pensadores liberais expuseram suas ideias para o mundo.

Sem se olvidar dos clássicos como John Locke e Montesquieu, Adam Smith e Benjamin Constant tiveram fundamental importância na estruturação do pensamento liberal, o qual remete à ideia de limitação do poder estatal e de não intervenção do Estado na personalidade individual e na autonomia privada. Daí a expressão *laissez fair, laissez passer*.

A liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos podem ser relacionadas às noções de liberdade negativa e positiva, propostas por Isaiah Berlin.

Isaiah Berlin (1909-1997), filósofo britânico de origem judaico russa, é considerado um dos principais pensadores liberais do século XX, tendo sido influenciado por Constant.

Um de seus ensaios mais conhecidos é *Dois Conceitos de Liberdade*. Introduziu seu ensaio falando sobre a importância de se



fazer indagações acerca dos propósitos da vida e de não se desprezar o poder das ideias, uma vez que a própria história já teria mostrado o poder que conceitos filosóficos têm até mesmo para destruir uma civilização (BERLIN, [195-?]).

Apesar de alguns esforços, na visão do autor, não há como separar a política da investigação filosófica. Para entender os movimentos históricos deve-se atentar às ideias e atitudes atinentes à vida que neles estão implícitas. Elas fazem parte da história humana e não são tão somente eventos naturais. Para Berlin, apenas um “materialismo muito vulgar nega o poder das ideias, e diz que as ideias são apenas interesses materiais disfarçados.” (BERLIN, [195-?]).

Assim, a questão da obediência e da coerção representa dois sistemas de ideias que expressam diferentes e conflitantes respostas (o liberalismo e o socialismo) para uma questão central da política. Essa questão deve ser assim indagada: “Por que eu (ou qualquer pessoa) deveria obedecer outros? Por que eu não deveria viver como desejo? Devo obedecer? Se desobedecer, serei coagido? Por quem e em qual grau, e no nome de que, e pro bem de que?” (BERLIN, [195-?]).

O autor, assim, propõe-se a distinguir duas interpretações do sentido político de *freedom* ou *liberty*: a liberdade positiva e a liberdade negativa.

Para compreender o sentido negativo da liberdade, Berlin ([195-?]) começa com o seguinte questionamento: “Qual é a área em que o sujeito – uma pessoa ou um grupo e pessoas – é ou deve ser deixado para fazer ou ser o que ele é capaz de fazer ou ser sem interferência de outras pessoas?”

Comumente se fala que ser livre é não ter nenhum outro homem, ou grupo, interferindo em suas atividades. É, pois, uma liberdade política. Mas, se há interferências ilimitadas, pode-se falar em coerção ou escravidão. Coerção deliberada, então, pode ser entendida como a interferência de outros seres humanos na área em que eu poderia atuar, ainda que de outra forma.

O simples fato de o homem pobre não poder comprar seu pão ou fazer uma viagem ao redor do mundo implica nele falta de



liberdade? Para Berlin ([195-?]) a resposta é negativa, pois a “mera incapacidade de se atingir um objetivo não é falta de liberdade política.” É o que modernamente se chama de “liberdade econômica” e sua contrapartida “escravidão econômica.”

O uso do termo “depende numa teoria particular social e econômica sobre as causas de minha pobreza ou fraqueza” (BERLIN, [195-?]). Apenas se a falta de bens materiais reflete a falta de capacidade mental ou física é que se começa a falar em privação da liberdade. Ser livre nesse sentido é não sofrer interferências dos outros. Quanto maior for a área de não interferência, maior será a liberdade.

É bem verdade que Berlin ([195-?]) afirma que a liberdade não pode ser ilimitada, pois geraria uma situação em que todas as pessoas poderiam interferir ilimitadamente na vida das outras. E a consequência seria o caos social e nem sequer as mínimas necessidades dos homens seriam satisfeitas.

A vida em sociedade demonstra que os seres humanos são diferentes uns dos outros. Os objetivos e propósitos de alguns nem sempre são idênticos ou semelhantes aos de outros. Pelo contrário, muitas vezes são diametralmente opostos. É algo inerente à condição do ser humano.

E por nem sempre ser possível criar um tipo de associação ideal é que os filósofos políticos clássicos entendiam que a área de ação livre dos homens deve ser limitada pela lei, ao mesmo tempo em que libertários da estirpe de Locke e Mill, na Inglaterra, e Constant e Tocquevillee, na França, entendiam que “deve existir certa área mínima de liberdade pessoal que não deve, de forma alguma, ser violada, pois se ultrapassada, o indivíduo se encontrará em uma área, deveras estreita mesmo que para o mínimo das faculdades naturais.” (BERLIN, [195-?]).

Em razão disso deve ser estabelecida uma fronteira entre a área da vida privada e a da autoridade pública, pois não se pode olvidar que os homens são interdependentes e “nenhuma atividade dos homens é completamente privada quanto a nunca obstruir as vidas dos outros de alguma forma” (BERLIN, [195-?]) e, não raras



vezes, a liberdade de alguns será a repressão de outros. Veja-se que a liberdade de um professor é diferente da liberdade de um camponês, por exemplo.

Dessarte, a liberdade negativa consiste na ação do homem sem obstruções dos outros, representando uma resistência à opressão ou à coação da autoridade ou do poder.

Desse modo, a concepção negativa de liberdade para Berlin tem relação com a liberdade dos modernos de Benjamin Constant.

Por outro lado, a liberdade positiva está relacionada com a liberdade de participação das decisões políticas da sociedade e com a noção de cidadania, e remete à ideia de liberdade dos antigos, mencionada por Constant no tópico anterior.

A ideia de liberdade positiva se acende quando respondemos à pergunta "Quem deve dizer o que devo ou não devo ser ou fazer?" (BERLIN, [195-?]). Entende Berlin que "o desejo de governar a própria vida ou de participar do processo que controle minha vida, implica um sentido de liberdade para alguma coisa, ao contrário da liberdade de alguma coisa ou alguém." (BERLIN, [195-?]).

Assim, a liberdade positiva relaciona-se com a presença da ação, da participação na tomada de decisões, da autodeterminação, uma vez que o sentido positivo da palavra liberdade "provém do desejo que o indivíduo nutre de ser o seu próprio senhor." (BERLIN, [195-?]).

A liberdade positiva se expressa na possibilidade de participação do indivíduo da formação da vontade do grupamento, estando o indivíduo liberado de obstáculos internos, como a fraqueza, o instinto e a ignorância de outrem, ou mesmo da necessidade de alcançar uma certa perfeição moral.

Em resumo, a liberdade negativa propõe a ausência de impedimentos à ação do indivíduo, ao passo que a liberdade positiva estabelece a presença de condições para que os indivíduos consigam atingir seus objetivos.



AS LIBERDADES NA TEORIA DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

John Rawls (1921-2002), filósofo norte-americano, é considerado o pilar da democracia liberal contemporânea, pois desenvolveu uma teoria de justiça própria, a partir de um conceito geral de equidade.

Na visão de Rawls todos os bens primários, tais como a liberdade e oportunidades de renda e riqueza, bases sociais da autoestima, devem ser distribuídos equitativamente, ressalvados os casos em que a distribuição desigual desses bens sociais traga vantagem para os mais vulneráveis.

No livro *Uma Teoria de Justiça*, Rawls demonstra sofrer forte influência dos contratualistas do quilate do filósofo Locke, apresentando a ideia de um contrato social hipotético, em que as pessoas seriam reunidas numa situação inicial, correspondente na teoria tradicional do contrato social como estado de natureza, mas que Rawls denominou de *posição original*.

Trata-se de um pacto social que é substituído por uma situação inicial que incorpora certas restrições de conduta baseada em razões destinadas a conduzir a um acordo inicial sobre os princípios da justiça (RAWLS, 2008). A posição original teria por finalidade tratar de uma série de princípios que seriam responsáveis por fundamentar as regras e os princípios de justiça nas instituições, cuja função seria a de intermediar as pessoas no convívio social e fornecer um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade, bem como definir a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social (RAWLS, 2008).

Caracteriza a posição original o fato de que as pessoas não conhecem seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou do seu *status* social, de modo que não conhecem sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência ou sua força física, por exemplo (RAWLS, 2008).



Isso porque uma identidade de interesses “possibilita que todos tenham uma vida melhor da que teria qualquer um dos membros se cada um dependesse de seus próprios esforços” (RAWLS, 2008, p. 4-5), de modo que se exige “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, 2008, p. 5).

Para Rawls (2008, p. 6), “esses princípios determinam quais semelhanças e diferenças entre as pessoas são relevantes na determinação de direitos e deveres e especificam qual divisão de vantagens é apropriada.” A maneira de considerar os princípios da justiça, Rawls chama de justiça como equidade.

Assim, a justiça apresenta-se como a primeira virtude das instituições sociais⁸ (constituição política e os principais acordos sociais), que se evidencia por meio da equidade e do contratualismo. Para Rawls (2008, p. 7-8), o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou seja, “a maneira pela qual as instituições mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.”

Nesse contexto, a teoria de justiça de Rawls mostra preocupação com o poder que grupos majoritários têm de oprimir as minorias. E, para equilibrar essas diferenças, Rawls defende um contrato social em que todos, cobertos pelo véu da ignorância, acordam sobre as regras antes do início do jogo, partindo de uma situação de igualdade para todos.

A escolha dos princípios de justiça sob o véu da ignorância garante que “ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais” (RAWLS, 2008, p. 13), já que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para

⁸ Para Rawls (2008, p. 8), “a proteção legal da liberdade de pensamento e de consciência, os mercados competitivos, a propriedade particular no âmbito dos meios de produção e a família monogâmica constituem exemplos das instituições sociais mais importantes.”



favorecer sua condição particular (RAWLS, 2008). O véu da ignorância esconde a posição particular de cada integrante do acordo e, como ninguém sabe seu *status* social, fica mais fácil aderir a uma posição de imparcialidade na escolha dos princípios da justiça (FURLAN, 2012).

A concepção de justiça de Rawls para a estrutura da sociedade é dividida em dois princípios essenciais, a saber: (1) princípio da liberdade igual e (2) princípio da diferença.

Em resumo, o princípio da liberdade igual parte do pressuposto de que a sociedade deve assegurar a máxima liberdade para cada pessoa compatível com uma liberdade igual para todos os outros.

O princípio da diferença se compatibiliza com a ideia de que a sociedade deve promover a distribuição igual da riqueza, a menos que desigualdades econômicas e sociais gerem maior benefício para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e sejam ligados a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades (RAWLS, 2008).

O equilíbrio entre esses princípios é que tornará possível a harmonia das instituições sociais.

O primeiro princípio, que é o foco deste artigo, demonstra a essencialidade e a necessidade de se assegurar valor equitativo às liberdades básicas. Entre as mais importantes liberdades estão a liberdade política, que compreende o direito de votar e ocupar um cargo público, a liberdade de expressão e reunião, seguida pela liberdade de consciência e de pensamento, as liberdades da pessoa, que abrangem a proteção contra a opressão psicológica e a integridade física, o direito à propriedade privada e proteção contra a prisão e detenção arbitrárias (RAWLS, 2008).

Dessas liberdades, sobretudo as liberdades políticas iguais e a liberdade de pensamento e associação, na visão do filósofo, devem ser garantidas por uma constituição (RAWLS, 2003). E, o valor equitativo das liberdades políticas visa garantir que cidadãos similarmente dotados e motivados tenham praticamente uma chance igual de influenciar a política governamental e de buscar por posições de



autoridade independentemente de sua classe social ou econômica (RAWLS, 2003).

Muito embora o autor reconheça que o primeiro princípio de justiça, que trata das liberdades básicas, tem prioridade sobre o segundo princípio, Rawls (2003) defende que nenhuma dessas liberdades é absoluta. Há casos em que essas liberdades, evidentemente, podem entrar em conflito entre si, de modo que exigências precisam ser ajustadas para se encaixarem num esquema coerente de liberdades.

A ideia é que esses ajustes compatibilizem ao menos as liberdades mais importantes, relacionadas com o desenvolvimento adequado e o pleno exercício das faculdades morais (o senso de justiça e a concepção do bem) nos dois casos fundamentais (RAWLS, 2003).

Rawls exemplifica com os não raros conflitos religiosos, filosóficos e morais. Muitas vezes esses conflitos se apresentam de forma intratável, diante da ausência de uma base pública segura de confiança mútua (RAWLS, 2003), a qual poderia ser encontrada numa constituição que, concretamente, garanta as liberdades básicas iguais (RAWLS, 2003).

Para o filósofo, "as mesmas razões que dão força à igualdade de liberdades básicas também dão força à sua prioridade" (RAWLS, 2003, p. 148), o que quer dizer que uma liberdade básica "só pode ser limitada ou negada em benefício de outra ou outras liberdades básicas, e nunca em favor de um bem público maior entendido como um saldo líquido maior de vantagens sociais e econômicas para a sociedade como um todo." (RAWLS, 2003, p. 156).

Daí se extrai que reduzir uma liberdade se justifica para o fortalecimento total das liberdades partilhadas por todos, e que uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm menor liberdade.

O ajuste entre as liberdades básicas exige uma distinção entre restringi-las e regulá-las. Isso porque, quando as liberdades são reguladas, não há infringência da sua prioridade, devendo o âmbito central de aplicação ser garantido, de modo a satisfazer os dois princípios de justiça (RAWLS, 2003).



Correlacionando o pensamento de Rawls acerca das liberdades com o Benjamin Constant, muito embora, em suas obras, o filósofo tenha tentado evitar diretamente o assunto, trata-se de ponto que não há como olvidar de mencionar.

Rawls (2008), assim como Constant, entende que a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos têm suas raízes profundas nas aspirações humanas, representadas notadamente pela liberdade de pensamento e a liberdade de consciência, a liberdade individual e as liberdades civis, as quais, tal como defende Constant, não devem ser sacrificadas em nome da liberdade política, compreendida como a liberdade de participar de alguma forma dos assuntos políticos.

Para o filósofo norte-americano é imprescindível um equilíbrio entre a liberdade individual, desejada pelos modernos, e a liberdade política, vivenciada ativamente pelos antigos (RAWLS, 2008). Deve haver o grau de engajamento que permite aos cidadãos ter na política uma forma de garantir suas liberdades básicas e de analisar qual a melhor maneira para conquistá-las.

Evidencia-se que Rawls (2008) considera tanto as atribuições sociais e políticas do cidadão quanto sua autonomia privada, propondo um compartilhamento de uma cidadania igual e que a igual liberdade seja pública e consensualmente estabelecida por meio de julgamentos bem ponderados e equilibrados, a fim de exista uma limitação da discordância pública tendo como base a tolerância.

Nesse sentido, a democracia constitucional precisa ser organizada de modo a atender ao princípio da participação, cujos objetivos devem ser bem definidos em circunstâncias favoráveis, pois pode ser levado às últimas consequências (RAWLS, 2008). Esses requisitos são conhecidos e incluem o que Constant chamava de liberdade dos antigos, em contraste com a liberdade dos modernos (RAWLS, 2008).

Verifica-se, pois, que o ideal é a harmonia entre a liberdade dos antigos e dos modernos, como meio para se fornecer uma base aceitável para as instituições democráticas.



Quanto à divisão da liberdade em suas concepções positiva e negativa, idealizada por Isaiah Berlin, Rawls igualmente tenta evitá-la, afirmando não ser importante para a obra *Uma Teoria de Justiça*, mas a discussão mostrou-se inafastável.

Quando Rawls afirma que é a constituição que deve garantir a todos o mesmo acesso ao processo político, por meio do princípio da participação, o autor está se aproximando da liberdade no sentido positivo, idealizada por Berlin.

A ressalva feita por Rawls (2008) é a de que o referido princípio não obriga que todos participem ativamente das questões políticas, como aconteceu na Antiguidade Clássica em relação ao homem cidadão (liberdade dos antigos).

Em relação à concepção de liberdade negativa, a prioridade das liberdades estabelecida pelo primeiro princípio demonstra viés negativo e preponderante em relação ao princípio da participação. A doutrina de Rawls permite que certas liberdades, tal como as relacionadas ao princípio da participação (liberdade positiva), apresentem-se como menos essenciais, a partir do ponto de vista de que sua função é a de proteger as demais liberdades tuteladas pelo primeiro princípio.

Dessa forma, Rawls correlaciona-se também com Berlin ao indicar a prevalência da liberdade na sua concepção negativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do exposto, verifica-se que as concepções de liberdade apresentadas por Constant e Berlin, de alguma forma, estão correlacionadas com o primeiro princípio de justiça da moderna teoria de justiça idealizada pelo filósofo norte-americano John Rawls.

Benjamin Constant, em seu célebre discurso proferido no Ateneu Real de Paris em 1819 fez uma comparação da liberdade da Antiguidade Clássica, que ele chamou de liberdade dos antigos, com a liberdade vivenciada Idade Moderna pós revolução francesa,



no século VIII. Enquanto a liberdade dos antigos era estritamente vinculada à vida pública e política, sem que existissem direitos individuais oponíveis ao Estado, a liberdade dos modernos representa a tutela da personalidade individual em face do Estado e está relacionada com a formação da autonomia privada, abrangendo, também, o direito de influenciar a formação da vontade estatal.

Isaiah Berlin, no século XX, em seu ensaio *Dois Conceitos de Liberdade* propôs a distinção entre duas concepções de liberdade, a negativa e a positiva. Enquanto a liberdade negativa propõe a ausência de impedimentos à ação do indivíduo, a liberdade positiva estabelece a presença de condições para que os indivíduos consigam atingir seus objetivos.

John Rawls, ao desenvolver sua teoria de justiça, a partir de um conceito geral de equidade dividido em dois princípios, sendo o primeiro deles o princípio da liberdade igual, propôs uma série de liberdades que devem ser garantidas e concretizadas por uma constituição e apresentou hipóteses em que essas liberdades devem prevalecer sobre o segundo princípio de sua teoria.

Nesse sentido, verifica-se que a concepção negativa de liberdade para Berlin tem relação com a liberdade dos modernos de Constant. Por outro lado, a liberdade positiva está relacionada com a liberdade de participação das decisões políticas da sociedade e com a noção de cidadania, e remete à ideia de liberdade dos antigos. Rawls demonstra uma conexão, ainda que implícita, com as concepções de liberdade de Constant e Berlin.

A teoria rawlsiana considera tanto as atribuições sociais e políticas do cidadão quanto sua autonomia privada, propondo um compartilhamento de uma cidadania igual e que a igual liberdade seja pública e consensualmente estabelecida por meio de julgamentos bem ponderados e equilibrados. Quando da escolha dos princípios de justiça, as partes realçam as suas características da racionalidade, tendo liberdade para escolher qual doutrina filosófica, religiosa considera verdadeira ou pretende seguir, e nisso se aproxima com a noção de liberdade dos modernos (autonomia privada), sem



se olvidar do princípio da participação, que faculta (e não obriga) a participação nas questões públicas e políticas (liberdade dos antigos).

Logo, a ideia é a harmonia entre a liberdade dos antigos e dos modernos, como meio para se fornecer uma base aceitável para as instituições democráticas.

Por fim, verifica-se que Rawls também se aproxima das concepções de Berlin, quando afirma que é a constituição que deve garantir a todos o mesmo acesso ao processo político, por meio do princípio da participação (liberdade positiva). E, quando afirma a prioridade das liberdades essenciais em detrimento do segundo princípio, ele se aproxima da concepção negativa de liberdade.

REFERÊNCIAS

BERLIN, Isaiah. *Dois conceitos de liberdade*. [195-?]. Disponível em: <https://docs.google.com/file/d/0B-ZLHzAcvfuUMGFhYldLQjFzemc/edit>. Acesso em 28 maio 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal do Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CONSTANT, Benjamin (org.). *A liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Estudo introdutório e tradução: Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção Clássicos do Direito).

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e da Roma*. Tradução: Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

FURLAN, Fabiano Ferreira. *O debate entre John Rawls e Jürgen Habermas sobre a concepção de justiça*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.



GARCIA, Emerson. A liberdade e o seu fundamento existencial. In: CONSTANT, Benjamin (org.). *A liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Estudo introdutório e tradução: Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção Clássicos do Direito).

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

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

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

A TEORIA DE JUSTIÇA DE MARTHA NUSSBAUM





A TEORIA DE JUSTIÇA DE MARTHA NUSSBAUM

Gracieli Baumgarten Bauer¹

INTRODUÇÃO

Este artigo trata do direito fundamental da autonomia da vontade a partir dos conceitos de Kant e Nussbaum. Inicialmente discorre-se sobre a teoria da razão prática e suas proposições acertadas na determinação da vontade do ser humano sob a ótica predominante que vislumbra a existência de leis universais que possam servir de fundamento nas intenções e vontades externadas por um sujeito.

Dessa forma, o estudo se concretiza nos princípios norteadores da razão que trazem uma adequada fundamentação sobre a determinação da vontade e sobre o uso do arbítrio segundo as determinações previstas na dimensão da racionalidade.

Defende-se que todas as leis da natureza estão submetidas aos princípios superiores do entendimento. Do mesmo modo, trabalham-se argumentos no sentido de harmonizar as máximas pessoais de cada pessoa com a liberdade inerente ao próximo, para que a determinação da vontade não seja um impedimento para o direito alheio.

Nos argumentos de Nussbaum, o texto nos apresenta uma definição diversa sobre a determinação da vontade humana, conjugam-se as várias capacidades e os seus benefícios e prejuízos de acordo com a intenção empregada nas respectivas inteligências.

O mais relevante é observar que a autora aplica a teoria mais diretamente aos casos concretos e tenta visualizar as perdas e os ganhos obtidos com as mais variadas formas de organização societária.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.



Muito embora os argumentos de Kant possam por si só comprovar as razões da vontade, no corpo deste artigo, o mesmo entendimento é tratado e reafirmado por mais estudiosos, confirmando-se de fato as compreensões descritas em suas doutrinas.

Lembrando, no entanto, que o principal objetivo neste artigo é comparar os conceitos de Kant com as ideias de Nussbaum. A pesquisa traz praticamente em todo trabalho as semelhas e diferenças compreendidas pelos autores.

Contudo, percebe-se que ambos caminham para o mesmo rio e para mesma fonte na medida em que os alicerces da existência humana exigem a defesa da vida com dignidade, ou seja, acima de todas as coisas, o bem maior a ser defendido na sua íntegra, é o ser humano.

O CONCEITO DE AUTONOMIA DA VONTADE EM KANT

O poder conferido ao ser humano no uso de sua autonomia promove argumentos e reflexões profundas em termos de questões práticas da razão. Questionam-se muito os fundamentos atribuídos aos alicerces da autonomia, se de fato a "razão pura" seria suficiente para conferir legitimidade na determinação da própria vontade concernente aos aspectos práticos e reais da vida humana (KANT, 1991, p. 27-34).

Entende-se que é nas proposições práticas compreendidas como fundamentais que se denotam as determinações de vontade, submetidas a normas específicas no âmbito da realidade prática de um modo geral (KANT, 1991, p. 27-34).

Seria nesse sentido, a "razão pura", um elemento satisfatório para determinar a vontade humana? Pois bem, existe uma divisão nos aspectos objetivos e subjetivos das normas práticas aplicadas às proposições do querer humano. Seriam subjetivos na medida em que



a vontade do indivíduo se formaliza apenas sobre si mesmo, sendo classificada como objetiva quando validada para todos os seres movidos pela razão (KANT, 1991, p. 27-34).

Verifica-se nesse contexto que “a regra prática é sempre um produto da razão, porque prescreve a ação, como meio em vista do efeito, considerado como intenção.” Isso se constrói a partir da ideia de ser um atributo exclusivo do ser humano o querer, o desejo sobre algo que na prática induz o argumento da ordem emanada da vontade (KANT, 1991, p. 27-34).

Nesse entendimento, estuda-se a existência de princípios que presumem o motivo ou o instrumento da vontade com a indicação doutrinária de se tratar de aspectos “empíricos” e assim, não poderiam conceder nesse sentido, a argumentação de serem “leis práticas.” Fala-se das possibilidades que podem se originar a partir do arbítrio como objeto da vontade do indivíduo na forma como este se relaciona quando submetido a uma sensação dor ou de alegria (KANT, 1991, p. 35-37).

Nesse viés, a forma mais adequada para se avaliar os resultados seria pela observação, tendo em vista que tais princípios estão interligados na concepção pessoal do prazer e da dor, que segundo o autor, são determinantes na busca da plena felicidade, haja vista que esta, bem como o mandamento geral do amor, faz parte da mesma linhagem, fruto da capacidade racional do ser humano e ainda, por se tratar de uma mesma energia “vital”, modificando-se apenas o grau da vontade (KANT, 1991, p. 35-37).

De forma geral, se em algum lugar, de fato existem os princípios, tal qual mencionado, estes por sua vez, se originaram exclusivamente do “entendimento puro, que não é apenas a faculdade das regras em relação ao que acontece, mas também a própria fonte dos princípios, segundo a qual tudo (quanto possa apresentar-se-nos como objeto) se encontra necessariamente submetido as regras”, tendo em vista que sem a existência de tais normas, jamais as manifestações ou fatos permitiriam conhecer o respectivo objeto correspondente (KANT, 2010, p. 195).



Até mesmo as “leis da natureza, quando consideradas leis fundamentais do uso empírico do entendimento, implicam um carácter de necessidade, portanto, pelo menos, fazem presumir uma determinação extraída de princípios que são válidos *a priori*” e que antecedem todo e qualquer experimento já realizado (KANT, 2010, p. 195).

Desse modo, “todas as leis da natureza se encontram, sem distinção, submetidas a princípios superiores do entendimento, pois elas não fazem senão aplicá-los a casos particulares do fenómeno.” Seria, para tanto, possível conceituar uma regra de modo geral, apenas por meio das condições apresentadas por esses princípios, enquanto que uma manifestação ou uma ocorrência concede o respectivo fato para que seja submetido à “regra” (KANT, 2010, p. 195).

Assim, “as próprias regras de fenômenos concordantes só são denominadas leis da natureza (por exemplo, as mecânicas) quando as conhecemos efetivamente *a priori*”, da forma como se admite nas justificativas objetivas. Agora, subjetivamente falando, se tornam apenas como “simples máximas” e não como “leis práticas” (KANT, 1991, p. 42).

Nesse sentido, consoante ao entendimento supracitado, havendo um “ser racional” e este devendo “conceber para si mesmo suas máximas como leis universais práticas, então não pode concebê-las senão como princípios tais que encerram o fundamento da determinação da vontade, não segundo a matéria, mas somente segundo a forma.” (KANT, 1991, p. 42).

Seria então nesse sentido, o elemento de um “princípio prático”, o respectivo “objeto da vontade”, servindo como legítimo argumento para fundamentar a “determinação da vontade” e assim, estando, para tanto, submetido ao condicionamento da experiência empírica (KANT, 1991, p. 42).

Seguindo nessa mesma interpretação, mas de forma prática, analisando-se os atos humanos, interpreta-se o justo e o injusto das ações externadas, na medida em que a determinação de vontade praticada por alguém gera influências e modificações dos fatos sobre a vida de outrem. Será justo se a prática se harmonizar com a “liberdade de todos com uma lei universal, ou se na sua máxima a



liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos." (KANT, 2003, p. 76-77).

Trata-se de uma relação eticamente correta, onde o agir de uma pessoa na sua máxima não fere a liberdade de agir de outrem. A obrigação que se impõe sobre o uso do arbítrio é o limite da liberdade alheia em conformidade com a regra universal, sendo o inverso considerado injusto na medida em que o uso da liberdade de alguém não poderá ser um obstáculo para a liberdade de terceiros, o que significaria uma violação (KANT, 2003, p. 76-77).

Falar da liberdade do ser humano significa dizer que todo indivíduo é portador da autonomia da vontade que pode ser externada de acordo com as normas práticas universais determinadas pela racionalidade (KANT, 2003, p. 76-77).

Nesse mesmo contexto, para complementar e confirmar os argumentos supracitados, deve-se ponderar as obrigações consideradas naturais, negativas e positivas que todo ser humano deve desempenhar perante o seu próximo, essencialmente quando em estado de perigo, sem, contudo, expor-se a si mesmo no risco (RAWLS, 2016, p. 139-140).

A lei natural da vida impõe aos seres humanos a obrigação de não causar amargura ou angustia de forma indevida. Desse modo, os deveres considerados naturais se qualificam pelo simples fato de se aplicarem a espécie humana, independente das ações externadas de forma voluntária (RAWLS, 2016, p. 139-140).

Moralmente falando, todos são considerados iguais e por essa razão, fala-se de um conjunto de princípios que trazem uma compreensão do que é bom e justo. Assim, na solução de um conflito entre duas partes "que se encontram na posição original", ambos estando conscientes da amplitude dos princípios definidores dos deveres naturais, que uma vez definidos, seriam adotados incondicionalmente (RAWLS, 2016, p. 139-140).

Tendo sido deliberado sobre tais deveres essenciais, não será mais preciso ser feito nenhum reconhecimento para definir o que é ou não permitido, tendo em vista que "as permissões são atos que temos



a liberdade de realizar ou não. São atos que não violam nenhuma obrigação ou dever natural." (RAWLS, 2016, p. 139-140).

Contudo, mesmo que tais atos não violem nenhuma ordem natural, deve-se observar de forma substancial a devida responsabilidade conferida nas relações interpessoais. Isso ocorre quando a pessoa é incumbida de assumir assuntos que de certa forma irão alterar profundamente a ordem da sua trajetória ou de seu próximo, uma "responsabilidade causal" que implica em fatos ou acontecimentos relacionados à sua existência, por exemplo (DWORKIN, 2014, p. 58-155).

Desse modo, a consciência humana precisamente deve se atentar que grande parte dos atos praticados pelo indivíduo torna a sua vida melhor ou pior, sem considerar que tais atos também afetam vidas alheias (DWORKIN, 2014, p. 58-155).

Assim, quando o ser humano por alguma razão precisa necessariamente tomar decisões sobre si ou sobre o seu próximo, obrigatoriamente deve formular sua resposta à base de razões que justifiquem moralmente e eticamente a sua opinião ou decisão, o que obviamente consiste na existência de uma "premissa ou um pressuposto moral", sem, contudo, impedir a possibilidade de se formar convicções morais e sociológicas diversas, tendo em vista o amplo desenvolvimento e progresso em todas as áreas humanas que constantemente modificam e alteram a ordem das coisas (DWORKIN, 2014, p. 58-155).

Nesse entendimento, qual seria o modo aplicável a uma máxima que a transformasse numa regra universal? Um exemplo compreensível seria alguém que alimenta o desejo de aumentar suas riquezas materiais de todas as formas efetivamente possíveis. Nesse caso, imagina-se que alguém falece e deixa um bem imóvel sem deixar "testamento escrito" e aquele detentor da vontade de barganhar mais riquezas para si, aplica sua máxima e propõe uma lei solicitando que se negue a existência daquele bem já que nada seria possível provar de forma diversa (KANT, 1991, p. 43-44).

Ocorre que, a cobiça não se fundamenta como norma para a "determinação da vontade" e desse modo ser recepcionada como



tal, visto que isso seria contrário para inserir numa “legislação universal”. Analisando a teoria kantiana, percebe-se que o autor cultivava uma especial afeição pelos seres humanos, sendo que o seu estudo não estava apenas para a teoria das regras universais e sim, para a sua íntima conexão com a existência humana (KANT, 1991, p. 43-44).

Na teoria desenvolvida por ele, verifica-se que o ser humano possui um profundo desejo sobre a felicidade e o seu bem-estar, bem como o temor sobre a dor e o sofrimento. Dessa forma, direciona tais atributos para uma “lei prática universal” que venha beneficiar pela máxima uma condição favorável de existência na medida em que a “vontade de todos não tem então um só e mesmo objeto, mas cada um tem o seu (seu próprio bem-estar) que certamente pode se conciliar acidentalmente com as intenções dos outros, dirigidos também identicamente por eles a si próprios”. Entretanto, as circunstâncias podem gerar tantas exceções, que a compreensão para uma “regra universal” é bastante conflitante (KANT, 1991, p. 43-44).

Entre todos os princípios fundamentais apresentados por diversas doutrinas, no campo da moralidade, entretanto, nos dizeres de Kant, a “autonomia da vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres correspondentes a essas leis; mas, por outro lado, toda heteronomia do arbítrio não só deixa de fundamentar qualquer obrigação como também resulta” em contrariedades quanto à obrigação e a moralidade estabelecida na vontade (KANT, 1991, p. 50).

Nesse sentido, “a lei moral, portanto, apenas exprime a autonomia da razão prática pura, isto é, da liberdade, e essa autonomia é ela própria a condição formal de todas as máximas, sob cuja condição estas podem coincidir somente com a lei prática suprema.” (KANT, 1991, p. 50).

Nesse contexto explica Kant, (1991, p. 44-45) da seguinte forma:

Supondo que a simples forma legisladora das máximas seja só o fundamento suficiente da determinação de uma vontade, encontrar a constituição da vontade que é determinável



somente por isso. Como a simples forma da lei pode somente ser representada pela razão que, por conseguinte, não é objeto dos sentidos, que em decorrência não faz parte tampouco dos fenômenos, a representação dessa forma como fundamento da determinação da vontade difere, pois, de todos os fundamentos da determinação dos acontecimentos da natureza, segundo a lei da causalidade, uma vez que é necessário que os fundamentos determinantes destes últimos sejam eles próprios fenômenos. Mas se nenhum outro fundamento da determinação da vontade pudesse tampouco servir de lei a esta, a não ser somente essa forma legisladora universal, então é necessário que semelhante vontade seja concebida como inteiramente independente da lei natural dos fenômenos, isto é, da lei da causalidade, que é a da ordem de sua sucessão. (KANT, 1991, p. 44-45).

Sobre a ideia kantiana supracitada, nota-se que o autor trata da independência da vontade sobre os fenômenos, o que presume a exaltação de um dos princípios considerado como essencial qual seja, da liberdade, classificado como princípio basilar da autonomia da vontade, sendo que para qualificar uma “simples forma legisladora da máxima”, a vontade requer de liberdade (KANT, 1991, p. 45-46).

Para tanto, a necessidade está na determinação dos fundamentos constituídos na lei, pois, sabe-se que este é meio legítimo para sustentar a autonomia da vontade, ou seja, pela “força legisladora” inserida na respectiva máxima. Tudo isso sinaliza uma interpretação moralmente correta, cuja razão pressupõe um conceito de vontade que seja puro e assim, a criação de “leis práticas puras” (KANT, 1991, p. 45-46).

A razão impõe nesse sentido, uma ordem normativa para todos os seres humanos pensantes, no qual, independe das várias circunstâncias subjetiva que a vontade possa apresentar, estando nesse caso, a sua fundamentação assegurada pela razão. “A autonomia da vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres correspondentes a essas leis.” (KANT, 1991, p. 45-46).



O que de fato se propõe com todos os argumentos em torno da autonomia da vontade está relacionado com o “princípio da *felicidade pessoal*.” Na verdade, as ponderações possuem certa subjetividade, uma necessidade do querer pessoal do sujeito que certamente está condicionado a um objeto e por se tratar de algo material, a sua existência deve ser avaliada dentro de um sistema empírico (KANT, 1991, p. 51).

Nessa condição, Kant (1991, p. 52) entende que:

Assim, a lei que ordena promover a felicidade dos outros não resulta da disposição de que essa promoção seja um objeto para o arbítrio de cada indivíduo, mas apenas indica que a forma da universalidade, da qual a razão necessita como condição, e que ordena conferir à máxima do amor de si o valor objetivo de uma lei, se torna o fundamento da determinação da vontade; não era, portanto, o objeto (a felicidade dos outros) que era fundamento da determinação da vontade pura, mas apenas a simples forma legal, pela qual eu limitava minha máxima, baseada na inclinação, para lhe conferir a universalidade de uma lei, tornando-a assim adequada à razão prática pura, e é dessa limitação e não da adição de um impulso exterior, que podia em seguida unicamente surgir o conceito da obrigação de estender a máxima do amor de mim mesmo também à felicidade dos outros. (KANT, 1991, p. 52).

Desse modo, a felicidade de terceiras pessoas se torna “objeto da vontade de um ser racional”, que para muitas situações pode não se tratar apenas de uma felicidade espontânea e sim, de algo necessário (KANT, 1991, p. 52).

Por isso, “que a matéria seja, por exemplo, minha felicidade pessoal.” Quando a intenção é atribuir a “procura da felicidade pessoal a cada um (como efetivamente posso fazê-lo em relação aos seres finitos), não pode se tornar uma lei prática *objetiva*, a não ser que inclua nela a felicidade pessoal dos outros.” (KANT, 1991, p. 52).



O CONCEITO DE AUTONOMIA NOS ARGUMENTOS DE MARTA NUSSBAUM

Sabe-se que o princípio da autonomia da vontade é conceituado de forma muito ampla e o seu núcleo principal está na capacidade inerente a todo ser humano de gerir, organizar e modificar a sua existência de acordo com os seus interesses.

Trata-se de uma capacidade mais ou menos qualificada de acordo com as condições presentes na vida do sujeito. A capacidade de autodeterminar a própria vontade reflete diretamente na realidade sistêmica e organizacional de uma sociedade, isso se deve ao fato de todo ser humano possuir o direito fundamental da liberdade, conferindo-lhe dessa forma o poder de efetivar as próprias escolhas de acordo com as suas reais necessidades.

Desse modo, o indivíduo governa a sua realidade jurídica e política conforme as relações sociais que possui, trazendo com isso, obviamente, diversas circunstâncias relevantes ao interesse de uma sociedade. Entende-se que assegurar a liberdade significa assegurar a autonomia e respectivamente as capacidades tão mencionadas pela doutrinadora em comento.

Abraçando então, a compreensão de Nussbaum, nota-se que o seu entendimento de autonomia humana está exatamente nas capacidades inerentes a todo ser humano e adapta seus estudos teóricos diretamente aos casos concretos. Menciona que são várias as capacidades e considera que tais habilidades já se encontram inseridas no rol das garantias constitucionais e compara a ideia aos direitos constitucionalmente garantidos na Carta "Indiana" (NUSSBAUM, 2013, p. 192).

Nussbaum dimensiona a capacidade numa visão contratualista e socialista com a perspectiva da reciprocidade, no qual, entende-se que os indivíduos se deslocam do seu "estado de natureza" para conquistar vantagens recíprocas (NUSSBAUM, 2013, p. 192).



Uma relação constituída com liberdade, bem como através das capacidades relativas a cada um. Percebe-se que a autora descreve as capacidades humanas voltadas para as relações sociais e políticas que estejam cumprindo suas funções para o bem comum (NUSSBAUM, 2013, p. 192).

Destacando nesse sentido, a importância das capacidades, "a explicação dos benefícios e objetivos da cooperação social possui desde o princípio uma dimensão moral e social." Sintetiza-se a benevolência para com aqueles considerados os menos favorecidos, cuja dignidade humana possa faltar ou até mesmo ser ferida (NUSSBAUM, 2013, p. 193).

Para tanto, seria uma possível solução, favorecer os indivíduos dando acesso à educação com intuito de agirem com mais compaixão e imparcialidade com o seu próximo? Para seres humanos com limitações físicas, por exemplo, a capacidade para viver com autonomia é extremamente reduzida ou até nula em muitos casos (NUSSBAUM, 2013, p. 193).

As preocupações da autora se direcionam especialmente para esses fatos, para os menos favorecidos e com impedimentos que são direcionados na maioria das vezes para a exclusão do convívio social. A observação da autora está nas mudanças ocorridas na sociedade nos tempos atuais, perceberam-se grandes melhoras em termos do que se entende ser justo para si e para o próximo (NUSSBAUM, 2013, p. 193).

O cuidado com a autonomia promovida pelas capacidades humanas destaca sobre os progressos humanísticos efetivados em sociedades capitalistas que visam alto desempenho físico, intelectual e financeiro, obtendo resultados positivos e satisfatórios em termos de cuidado e inclusão social, quanto mais isso pode ser aperfeiçoado em sociedades com ideologias diversas ao capitalismo, preservando-se todas as capacidades humanas sem distinção (NUSSBAUM, 2013, p. 193).

Até aqui, nota-se que a autonomia da vontade é entendida por Nussbaum pela identificação das capacidades assimiladas por cada indivíduo, sendo esta analisada exclusivamente a partir das



situações de fato, nas reais necessidades humanas percebidas nas suas diversas formas (NUSSBAUM, 2013, p. 195).

Nesse contexto, o “enfoque das capacidades se sente livre para empregar uma explicação da cooperação que trate a justiça e a inclusão desde o começo como fins de valor intrínseco e para qual os seres humanos estão unidos por muitos laços altruísticos, e não só de vantagem mútua.” (NUSSBAUM, 2013, p. 195).

Analisando-se a pesquisa feita até o momento, observa-se o quanto o ser humano é vulnerável e suscetível de situações não imagináveis, ou seja, a sua fragilidade em termos existenciais resplandece e muito nas questões de dor e sofrimento.

É um ser que requer estímulos e cuidados desde o seu nascimento até a sua morte, no qual, a sua funcionalidade racional e física depende de cuidados especiais e temporais, principalmente na dimensão da dignidade da pessoa humana (NUSSBAUM, 2013).

Nussbaum entende que o desempenho da produtividade não deve ser requisito para que o sujeito seja aceito e respeitado e sim, que o respeito é fruto da dignidade e para tanto deve ser estendido para aquele menos capacitado, tendo em vista que o desempenho é substancialmente imprescindível, mas não como último das exigências para uma vida em sociedade (NUSSBAUM, 2013).

Sugeriu-se certa semelhança entre a teoria contratualista e a teoria do bem, descrita pela autora, pois, entende que ambas trazem no bojo o cumprimento da dignidade humana e estabeleceu com isso, que as capacidades humanas servem, por sua vez, como instrumento para o alcance da dignidade (NUSSBAUM, 2013).

São concepções compreendidas a partir de uma interpretação racional e moral, dando-se enfoque de similaridade sobre as capacidades e o contratualismo, já que ambos são usados para concretizar escolhas existenciais (NUSSBAUM, 2013).

Os fundamentos iniciais da autonomia têm sua base justamente no campo político contratual, entretanto, essa compreensão na atualidade, se estendeu definitivamente para as situações existenciais, na medida em que se vislumbraram as conexões existentes entre a



prática contratualista e das capacidades, bem como nas demais áreas humanísticas (NUSSBAUM, 2013).

Seguindo nessa mesma interpretação, a história nos mostra que os seres humanos empenhados no desenvolvimento ético e moral, ampliaram o conjunto de conceitos e princípios, no qual, entendeu-se que a evolução da própria personalidade moral se adquire por meio de uma interpretação que compreende o real significado de honestidade, razoabilidade e bem assim consegue distinguir a medida da crueldade (DWORKIN, 2014).

Na defesa da vida, por exemplo, estabeleceu-se um critério absoluto de preservação máxima, excetuando-se apenas a legítima defesa e o estado de guerra, no entanto, a filosofia argumenta que determinadas circunstâncias, torna-se oportuno ou até mesmo indispensável um entendimento ou uma análise crítica que seja inédita aos olhos do formalismo criterial, tendo em vista não se adequar ao contexto particular, devendo, para tanto, recorrer a uma interpretação mais ampla (DWORKIN, 2014).

Nessa toada, abre-se constantemente a discussão acerca da concepção de verdade, uma concorrência que se abre perante os diversos entendimentos que nunca terminam. A ordem moral exige honestidade e veracidade na compreensão e na prática dos princípios, entretanto, para o ideal desenvolvimento da personalidade e da própria vida do indivíduo para aquilo que ele mesmo de fato deseja, torna-se fundamental alcançar uma interpretação que se estende muito além dos argumentos determinados pela esfera moral (DWORKIN, 2014).

Dito isso, notou-se que a filosofia tem se esforçado no estudo que objetivou encontrar uma solução razoável para a concepção real do bem viver e de uma vida considerada boa, afinal, qual seria o sentido exato da nossa existência terrena se não for possível adequá-la a um modo satisfatório (DWORKIN, 2014).

Uma ideia arriscada para se compreender os caminhos de uma vida bem vivida é despertar no indivíduo a sua autenticidade e bravura, propondo-se aos desafios árduos ou até mesmo impossíveis,



o que pode ser perfeitamente vital no desenvolvimento da própria personalidade (DWORKIN, 2014).

Os planos éticos e morais na área do bem viver devem continuamente ser construídos e interpretados com base nos progressos e avanços tecnológicos que alteram constantemente a evolução da vida humana de um modo geral, bem como sobre o desenvolvimento da personalidade.

Todavia, a promoção do bem viver também deve ser analogicamente adequada ao indivíduo em particular, principalmente quando a sua perspectiva de vida estiver visivelmente comprometida aos olhos da ciência medicinal, na medida em que somado a uma perspectiva altamente negativa com elevado sofrimento e confirmado pela da própria pessoa, havendo manifestação de vontade contrária aos princípios éticos e morais, estes por sua vez, devem ser medidos a partir da interpretação restrita no princípio da autonomia privada.

Nesse caso específico, entra em questão a reflexão particular do indivíduo sobre os próprios valores, bem como o desejo que se enaltece nessa circunstância.

Uma das principais características que representam a essência da dignidade humana é demonstrada pela exigência ao cuidado físico e psíquico da pessoa, bem como a necessidade de socialização externada desde o princípio pelo ser humano, sendo que, a partir do nascimento até o final da nossa existência dependemos do outro para o nosso adequado desenvolvimento (NUSSBAUM, 2013).

Diversos aspectos de vulnerabilidade nos conduzem ao reconhecimento da importância do outro e da respectiva dependência que se origina em torno disso. Assim, pelo simples fato de se tratar da espécie humana, o respeito e a compaixão devem ser garantidos independentemente do seu desempenho social ou da sua condição, tendo em vista a qualidade inerente a todos, a dignidade (NUSSBAUM, 2013).

Quando se propôs sobre as capacidades relativas aos seres humanos, pensou-se uma “pluralidade de valores” a partir da desigualdade econômica e social, com uma indispensável



observação acerca das “pessoas portadoras de deficiências: uma pessoa cadeirante pode ter a mesma renda e riqueza que uma pessoa com mobilidade normal e, no entanto, possuir capacidade desigual” para se movimentar de um espaço a outro? Outra consideração está na limitação criada no âmbito da sociedade simplesmente por questões estruturais das culturas ideológicas, impedindo o perfeito desenvolvimento na sua igualdade. Limita-se também o exercício da autonomia de um cadeirante quando existe a falta de estrutura do espaço público não devidamente adaptado para o seu deslocamento (NUSSBAUM, 2013, p. 202).

A limitação do exercício da autonomia enfrentado por um cadeirante, por exemplo, está diretamente relacionado a capacidade de se construir um projeto que equaliza tais condições. Lembra também, que entre todas as capacidades, existem aquelas que devem ser reprovadas e evitadas, pois, restringem o desenvolvimento e a autonomia do indivíduo, cujas características físicas apresentam padrões não aceitados por muitos (NUSSBAUM, 2013, p. 204).

Para tanto, torna-se imprescindível realizar uma “avaliação prévia que estabelece quais são boas e, entre as boas, quais são as mais centrais, isto é, as mais claramente envolvidas na definição das condições mínimas para uma vida humana digna.” (NUSSBAUM, 2013, p. 204).

É oportuno salientar acerca dos questionamentos realizados pela autora sobre a ação correta a ser seguida, se mais viável “promover apenas a capacidade” nas áreas pertinentes, ou se promove também “a efetiva funcionalidade?” Atividades como a diversão, o momento religioso, bem como as funções políticas por certo deveria ser objetivo de todos, no entanto, a autonomia estabelece a liberdade ao indivíduo que obviamente fará as suas escolhas (NUSSBAUM, 2013, p. 210-211).

Desse modo, segue-se com o entendimento de que todo ser humano deve ter a “oportunidade de planejar a vida por conta própria”, da forma que um paciente com todos os direitos a seu favor deve receber todas as informações pertinentes ao seu caso e assim,



poder, de acordo com a sua vontade, decidir os cuidados de seu interesse (NUSSBAUM, 2013, p. 210-211).

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CONCEITOS CONVERGENTES E DIVERGENTES DE KANT E NUSSBAUM

Nos estudos desenvolvidos por Kant, a autonomia fundamentada na “pura razão prática”, cria “leis formais como base para o uso da escolha” sobre alguma coisa para qual o poder físico permite querer tal coisa, que assim sendo, deve estar de acordo com a liberdade de todos perante uma “lei universal” para que seja considerado justo (KANT, 2003, p. 92).

Logo para Nussbaum, a ideia está nas capacidades e na liberdade sobre as condições existenciais do ser humano, no qual, entende-se que a capacidade não sendo perfeita, limita a vontade do sujeito, dependendo dessa forma, das condições econômicas e sociais para exercer dignamente o direito de escolha.

Para Kant, entende-se como sendo uma máxima que está no “objeto”, com o entendimento de que pode ser de sua própria escolha e que para tal, dispõe de “capacidade física de usar” da forma que lhe agrada melhor e que esteja em seu poder e controle, o que não sugere apenas se tratar de uma capacidade e sim, um “ato de escolha” (KANT, 2003, p. 92-93).

Seria para ele, construída a base a partir de um “princípio teórico *a priori*, nomeadamente, uma instituição *a priori* teria que constituir a base do conceito dado.” E dessa forma, “alguma coisa teria que ser somada ao conceito de posse de um objeto.” (KANT, 2003, p. 92-93).

Nesse sentido, a mesma compreensão foi descrita por Gunnar Beck (2008, p. 372-373) da seguinte forma:



Autonomy for Kant, [...] is essentially a synonym for freedom or practical reason, and is defined by Kant essentially in terms of two requirements: Autonomy requires, positively, obedience to the moral law and, negatively, that the individual does so voluntarily and of his own free choice. [...] For both the knowledge required for doing what duty requires as well as the volitional capacity to withstand conflicting urges and desires, Kant insists in the Groundwork of the Metaphysics of Morals, are constitutive of the basic humanity of all men.

Por outro lado, Nussbaum direciona seu entendimento para uma conduta de reciprocidade, aplicando-se as respectivas capacidades nos casos em concreto, onde o ser humano se desloca do seu estado de natureza para com as suas capacidades, contribuir mutuamente a sua melhor virtude com o outro.

E segue com sua interpretação de forma insistente sobre as várias capacidades que segundo a autora, devem ser listadas para melhor compreendê-las e assim, entende que tais habilidades pertencem ao rol dos “direitos humanos centrais, em função dos quais a justiça social básica é definida.”

Seriam essas capacidades entendidas por Nussbaum, os atos praticados pelo indivíduo no seu grupo social, tanto para o bem como para o mal, no qual, para Kant seria a liberdade no direito de escolha fundamentada na razão prática e nas leis morais, considerada por ele a estrutura básica de toda sociedade.

Ademais, nas convicções de Nussbaum, se a compreensão manifestada sobre a concepção de “precedência do bem parece ser de alguma forma equivocada, dado o papel representado por uma ideia de dignidade na concepção do próprio bem, ela deixa de ser equivocada se reconhecermos que o enfoque das capacidades não separa o justo do bom”, demonstrado pelo entendimento de Kant, no entanto, “em vez disso, opera com uma concepção mais rica e moralizada do bem.” (NUSSBAUM, 2013, p. 200).



De outra parte, a compreensão de Kant, extraída do plano moral da razão prática, uma vontade embasada nas dimensões fundamentais de uma possível lei universal que possui suas proposições fixadas em si mesmo e descreve a regra prática como um produto da razão, desenvolvida a partir da ação. Já para Nussbaum, a sua interpretação está voltada para análise teórica da ordem moral que está fixado nos resultados práticos das ações desempenhadas dentro de um grupo social, com seus benefícios e prejuízos, sobre o bem e o mal enraizado nos atos humanos (TRAMONTINA *et al.*, 2016, p. 251).

Ao passo que a teoria Kantiana apresenta uma divisão sobre o “conhecimento racional em dois: o conhecimento formal dedicado à razão e o conhecimento material relativo ao objeto.” Diante disto, pontua-se que “a filosofia formal corresponde à lógica ao passo que filosofia material compete à física (filosofia natural) e à ética (filosofia moral).” (TRAMONTINA *et al.*, 2016, p. 251).

Nesse sentido, “a ética possui uma parte empírica na medida em que é afetada pela natureza, mas é uma vontade.” Esta, por sua vez, é fruto dos resultados empíricos, subjugados “à razão”, no qual, a vontade é dimensionada para a subjetividade (TRAMONTINA *et al.*, 2016, p. 251).

Em conformidade com o exposto acima e consoante as ponderações de Nussbaum sobre as capacidades de uma sociedade, esta se manifesta no sentido de que o ponto substancial das “capacidades continua centrado na pessoa como sujeito último da justiça.” Mesmo com as capacidades relativas a coletividade, na proteção da liberdade, o ser humano na sua individualidade deve ser protegido e respeitado nas suas mais variadas formas de vida, sem contudo, violar terceiros indivíduos nas suas respectivas capacidades (NUSSBAUM, 2013, p. 364).

Todavia, critica a teoria metafísica no sentido de trazer conflitos quanto as características culturais e religiosas, dividindo as pessoas por suas crenças, o que segundo Nussbaum, não beneficia o bem coletivo. Tanto é que, conclui a sua ideia sobre as capacidades, afirmando que as apresenta no modo geral e abstrato para que os



próprios indivíduos de cada nação decidam e deliberem sobre os seus interesses comuns e particulares, conferindo-lhes dessa forma, o devido respeito pela autonomia (NUSSBAUM, 2013, p. 364).

Para Kant, a fundamentação principal está no objeto da razão prática com os seus reflexos positivos e negativos sob a ordem da lei universal. Para Nussbaum, toda compreensão da razão prática deve ser aplicada ao contexto fático e diário do cotidiano da sociedade e a partir das justificações empíricas sobre os casos, desenvolver e educar os indivíduos para inibir as violações degradantes e aprimorar as várias capacidades identificadas como boas e que promovem os benefícios necessários aos que se encontram com limitações mais sérias e que impedem o indivíduo sequer de usufruir minimamente da sua autonomia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se com o presente artigo científico que as intenções dos autores se fundem nas mesmas concepções de bem maior sobre toda uma sociedade que evoluiu e regrediu em certos aspectos gradativamente durante toda a sua existência, de acordo com a absorção das ideias morais desenvolvidas politicamente em cada nação.

Tentou-se primeiro compreender os aspectos racionais do ser humano, as suas fragilidades e reais necessidades existenciais para depois tentar visualizar um conjunto de capacidades e funcionalidades, que se bem desempenhadas e respeitadas podem auxiliar e modificar realidades sombrias de limitações em todos os sentidos da vida humana.

A razão dos fundamentos sobre os direitos fundamentais comentados está em garantir o máximo de dignidade humana, substancialmente aos menos favorecidos em condições físicas e intelectuais e assim, atribuindo maior valor ao princípio da autonomia da vontade.



Concluiu-se também que a compreensão geral atribuída aos aspectos existenciais sofrerão mudanças conforme surgem as inovações tecnológicas e científicas, na medida em que as necessidades e os valores também se modificam com as novas realidades.

Assim, o desenvolvimento doutrinário que se efetiva no estudo dependendo de análises críticas, no qual, se identifica e se discute as alterações éticas, morais e estruturais da sociedade nas mais variadas formas e capacidades, deve confrontar as ideias sempre priorizando ao máximo o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BECK, Gunnar. *Autonomy, History and Natural Law in the Practical Philosophy of Immanuel Kant*. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jaret16&div=20&start_page=371&collection=journals&set_as_cursor=1&men_tab=srchresults 2008. Acesso em: 28 ago. 2018.

DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: justiça e valor*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes: contendo a Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude*. Ed. São Paulo: Edipro, 2003.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. São Paulo: Escala, 1991.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

TRAMONTINA, Robson *et al.* *Pensando filosoficamente os direitos humanos fundamentais I*. Ed. Joaçaba: Editora Unoesc, 2016.



CONEXÕES ENTRE O ENFOQUE DAS CAPACIDADES EM MARTHA NUSSBAUM E O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE¹

Luís Henrique Kohl Camargo²

INTRODUÇÃO

No município de Xanxerê, minha cidade natal, em Santa Catarina, num local do bairro Santa Cruz, várias construções ocupam uma área de risco - todo ano tem desmoronamento. As casas, edificadas num misto de lona e madeira, algumas com partes em concreto, não têm praticamente nenhum saneamento básico: o esgoto corre ali mesmo, por onde a gente caminha e vive. O colorido irregular dessas construções abriga pessoas. Gente que trabalha, que produz; que nasce ali e sai dali, que nasce ali e fica. Numa dessas residências deve existir uma Marta. E, se lá ela existe, e se for jovem, deve estar em casa cuidando dos irmãos menores, limpando a casa e o bebê, fazendo refeição, no período em que não está trabalhando fora. Com a lupa do futuro hipotético observo Marta daqui a vinte anos: ela apenas não foi uma grande filósofa porque não teve tempo de ler a obra dos pensadores clássicos, porque aprendeu a ser submissa e não saiu de casa, porque sofreu violência doméstica e teve vergonha de denunciar.

¹ Artigo encaminhado como requisito para aprovação na disciplina "Filosofia intercultural e teoria crítica dos direitos fundamentais" – Professor Dr. Robison Tramontina.

² Mestrando em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó, linha de pesquisa Direitos Fundamentais Civis; luiskohl@hotmail.com



Imagino ser pensando sobre as Martas que não foram que Martha Nussbaum realiza suas reflexões sobre o enfoque das capacidades.³ O que a pessoa pode ser? Como viabilizar o desenvolvimento de sua humanidade? Quais obstáculos podem ser removidos?

O livre desenvolvimento da personalidade, por sua vez, é conceito que surge aproximadamente na metade do século XX, com o objetivo de resguardar o indivíduo de ações arbitrárias do Estado. Trata-se de uma visão mais refinada dos direitos fundamentais de defesa (primeira dimensão dos direitos humanos) estabelecidos a partir da concepção de Estado de Direito (Revoluções Americana e Francesa). O livre desenvolvimento da personalidade engloba, basicamente: 1) o direito de o ser humano realizar-se como pessoa, como potencialidade indefinida e indefinível (direitos da personalidade); 2) a liberdade geral de ação.

Neste trabalho, busco estabelecer conexões entre o enfoque das capacidades de Martha Nussbaum e a ideia de livre desenvolvimento da personalidade.

Trata-se de uma abordagem de cunho teórico a partir de bibliografia consultada relativa aos dois conceitos. Para realizar essa tarefa, trilho um caminho argumentativo padrão: abordo primeiro um conceito (no caso, o enfoque das capacidades), depois o outro (livre desenvolvimento da personalidade), para, em seguida, traçar comparações entre eles.

O “ENFOQUE DAS CAPACIDADES” EM MARTHA NUSSBAUM

(1) Imagine um ser humano preso dentro de uma casa muito confortável, com suprimento ilimitado de comida e água e o conforto necessário para sobreviver, relativamente seguro de ameaças

³ O pioneiro no desenvolvimento da noção de enfoque das capacidades foi Amartya Sen, sob uma perspectiva econômica da análise da qualidade de vida e questões de justiça social. Martha Nussbaum busca traçar as bases filosófica dessa noção. Neste trabalho, refiro-me à perspectiva de Martha Nussbaum para falar do enfoque das capacidades.



externas, mas privado da possibilidade de sair dessa casa. (2) Agora imagine um ser humano completamente livre para fazer o que quiser, mas incapaz de obter os recursos suficientes à sua sobrevivência. (3) Imagine, ainda, uma pessoa que tem tudo o que é necessário para sobreviver, tem liberdade para agir, locomover-se e participar da sociedade, tem garantida sua segurança pessoal, física e psicológica, mas precisa submeter-se a uma jornada de trabalho de 12 horas diárias sem férias nem descanso semanal. No primeiro caso, temos garantido o direito à vida e à segurança, tendo sido tolhido, no entanto, o direito à liberdade. No segundo, a despeito de ter liberdade, o sujeito não tem acesso ao necessário à sobrevivência e, por isso, tem maculado seu direito à vida. No terceiro, por fim, observamos estarem garantidas a vida, a liberdade e a segurança - sem, contudo, haver possibilidade de lazer ou convivência social com outras pessoas.

O ser humano é complexo. O desenvolvimento de sua humanidade ultrapassa a simples aquisição de recursos necessários à sobrevivência física e à reprodução da espécie. Trata-se de uma reflexão intimamente relacionada com a noção de dignidade humana – afinal, seria difícil convencer alguém de que alguma das situações narradas acima representariam uma vida digna, por mais que nelas estivessem garantidos *quase* todos os direitos atribuídos como essenciais à existência da dignidade.

Ao lado da questão *patente* revelada pelas situações narradas (de que os atributos que tornam uma vida digna são variados, complexos e de importância equivalente – não existe vida digna sem lazer, por exemplo), há, contudo, uma questão *latente* que fica em aberto no desenho desses exemplos: a forma como as situações foram traçadas evidencia que, talvez involuntariamente, se pressupõe como sujeito um ser humano “normal”, intelectualmente capaz, sem limitações físicas e mentais extraordinárias e desfrutando de saúde razoável. Para comprovar essa suposição, vou repensar os exemplos inserindo personagens um pouco mais concretos: na situação (1), nosso protagonista será um cadeirante; na (2), uma pessoa com síndrome de down; na (3), uma mulher que, como a maioria das mulheres no



mundo todo, assume praticamente todas as tarefas domésticas e também trabalha fora de casa (tripla jornada feminina). Agora as situações não parecem mais tão hipotéticas. Vejamos.

O cenário 1 (da pessoa que não pode sair de casa) já é vivido por praticamente todos os cadeirantes no Brasil, onde a arquitetura acessível ainda é muito pouco desenvolvida. Pode ser que existam recursos necessários à sobrevivência *dentro* de casa, mas sair *com liberdade* para a rua permanece sendo um desafio – em muitos casos uma impossibilidade. O cenário 2 (do sujeito que tem liberdade, mas não é capaz de suprir sua própria sobrevivência) retrata, basicamente, a vida de nosso protagonista que tem síndrome de down: a despeito de desfrutar da mesma liberdade que os demais, não tem capacidade de, por si só, prover sua subsistência (mesmo nos casos em que a pessoa se desenvolve e adquire a capacidade de exercer uma profissão e sobreviver autonomamente, esse desenvolvimento somente ocorre com acompanhamento profissional especializado e atenção familiar suficiente). O cenário 3 (da pessoa que trabalha 12 horas diárias sem férias nem descanso semanal) é vivido em muitos lares de vários países por mulheres que, além de exercer uma profissão remunerada, também assumem, devido a uma configuração cultural machista, praticamente todo o trabalho doméstico. Não parece exagero, tomando esse contexto em sua generalidade, contabilizar 12 horas de trabalho diário na ficha funcional dessas mulheres.

Para muitas pessoas, as narrativas abstratas expostas no início deste capítulo ilustram situações abstratas, mais úteis como exemplos acadêmicos, teóricos, do que como descrição de uma situação fática concreta. Por quê?

Ao refletir sobre as formulações clássicas sobre o contrato social, Martha Nussbaum (2013) coloca em evidência um ponto crítico do contratualismo: se, como elaboram os contratualistas clássicos, as partes do contrato social têm de ser livres, iguais e independentes, que lugar ocupam aqueles que não são iguais ou independentes (por exemplo, as mulheres numa sociedade machista; os “animais não humanos”, na expressão utilizada pela autora; os incapazes,



deficientes mentais ou até mesmo pessoas com graves limitações físicas).

Nussbaum (2013) afirma haver um *por quem e para quem* o contrato social é formulado. Entrariam nessa conta os humanos capazes e em condições de contribuir coletivamente, para obter do agrupamento social uma *vantagem* a que não teriam acesso agindo sozinhos. O contrato social é pensado, portanto, em termos de vantagem utilitária, razão pela qual os contratantes abririam mão da liberdade natural para adquirirem a liberdade civil. Acontece que essa abordagem clássica não é capaz de encontrar um lugar aos incapazes, aos “animais não humanos” e àqueles nascidos em países subdesenvolvidos (com oportunidades desiguais relativamente àqueles nascidos em países desenvolvidos). Afinal, se o objetivo do contrato social é, em sua essência, a obtenção de uma vantagem prática, então dar suporte àqueles que não contribuem ativamente para a obtenção dessa vantagem parece fora de propósito.

Os hipossuficientes são, portanto, deixados em segundo plano na formulação clássica do contrato social. Trata-se de uma formulação que tem um proponente – o homem “médio”, “normal” – e opera nos interesses desse grupo. E o proponente tradicional, o “normal”, raramente se enquadra nas três situações narradas no início deste capítulo. Parecem, assim, descrições vagas e teóricas, que ocultam a existência de sujeitos reais – os “anormais” – vivendo essas realidades no mundo concreto. A proposta do “enfoque das capacidades” de Martha Nussbaum tem o objetivo de encontrar lugar aos hipossuficientes na estrutura do contrato social.

No que consiste, entretanto, o “enfoque das capacidades”? Nussbaum (2012, p. 38) afirma tratar-se de uma aproximação particular sobre a evolução e a qualidade de vida e sobre a teorização da justiça social básica. Genericamente falando, capacidades são um conjunto de oportunidades para escolher e atuar (Nussbaum, 2012, p. 48). Trata-se de um conjunto de possibilidades disponíveis à pessoa para que ela possa exercer sua autonomia escolhendo qual delas irá desenvolver. Nussbaum (2012) explica que não são simples capacidades internas,



mas também liberdades e oportunidades criadas por uma combinação complexa entre faculdades pessoais, entorno político, social e econômico. Nussbaum define melhor o conceito de capacidades ao dividi-lo em três subcategorias: 1) capacidades básicas; 2) capacidades internas; 3) capacidades combinadas.

(1) As *capacidades básicas* são faculdades inatas da pessoa, que tornam possível seu posterior desenvolvimento e formação (Nussbaum, 2012). Segundo a autora, as capacidades básicas não podem ser comparadas meritocraticamente – na realidade, deve ocorrer o contrário: é preciso proporcionar mais ajuda àqueles com menos habilidades inatas para que consigam desenvolver seu conjunto de capacidades. Pessoas com deficiências cognitivas, por exemplo, devem ser estimuladas para alcançar o máximo de seu desenvolvimento, por intermédio de um aparato cultural, social e jurídico adequado. (2) *Capacidades internas*, por sua vez, são, em suma, um conjunto de caracteres *desenvolvidos* pelo sujeito: capacidade intelectual, perfil emocional, traços de personalidade, estado de saúde, forma física, habilidades aprendidas, conhecimento acumulado etc. Capacidades básicas e internas distinguem-se pelo fato de que estas sofrem a interferência ativa do indivíduo, enquanto aquelas não são de forma alguma influenciadas pelo seu comportamento ou por suas escolhas (por exemplo, lugar de nascimento, deficiências congênitas, sexo). (3) *Capacidades combinadas* representam o conjunto das capacidades internas mais as condições sociais, políticas e econômicas que possibilitam o seu funcionamento. Trata-se de uma noção complexa, pois, além de comportar o conjunto relacional entre a esfera interna e a esfera externa de capacidades, também engloba as novas capacidades que surgem a partir da dinâmica que se desenvolve entre essas duas esferas. Nussbaum (2012) salienta a importância de distinguir entre capacidades internas e capacidades combinadas por intermédio de exemplos: segundo a autora, uma sociedade pode estar desenvolvendo uma capacidade interna de formação intelectual por intermédio da educação sem, contudo, possibilitar que a pessoa



exerça sua liberdade de expressão; a pessoa pode ter desenvolvida sua capacidade interna para exercer livremente uma religião sem que o direito à liberdade de prática religiosa seja garantido.

No intuito de fornecer um parâmetro mínimo para a aplicação prática da categoria "capacidades", Nussbaum (2013) elabora uma lista de capacidades centrais, ou seja, um mínimo de capacidades cujo desenvolvimento é indispensável a uma vida digna. A autora deixa claro que se trata de uma lista aberta e que deve ser aplicada considerando a realidade de cada local. Esclarece, também, que cada direito da lista é fundamental, ou seja, qualquer item negligenciado representará violação à dignidade. A lista é sintética, razão pela qual a transcrevo literalmente a seguir:

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 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 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 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 os demais trabalhadores.

O conceito de capacidades em Martha Nussbaum está essencialmente relacionado à noção de *funcionamento*. Segundo a autora, funcionamento seria a realização de uma capacidade, o ponto de destino final para a noção de capacidade (2012). A ideia de capacidade não existe sem um funcionamento correspondente, de forma que uma capacidade pode ser perdida se não for colocada em funcionamento na realidade. Capacidades e funcionamento são dois lados de uma mesma moeda. A existência de um está essencialmente ligada à do outro. Um determinado funcionamento pode criar capacidades, assim como capacidades que não são colocadas em funcionamento deixam de existir.

Para melhor ilustrar a dinâmica entre os dois conceitos, podemos relacionar a distinção entre capacidades e funcionamento em Martha Nussbaum com a diferença entre potência e ato em Aristóteles (que é referência para Nussbaum). Em linhas gerais, Aristóteles define a “potência” como o conjunto de possibilidades em que uma matéria pode se transformar, vir a ser; “ato” seria a efetiva transformação (daí o termo “atualização”), ou seja, a situação atual



da matéria no mundo real. Assim, a noção de “capacidades” encontra paralelo teórico na de “potência”; a ideia de “funcionamento”, por sua vez, guarda similaridades com a de “ato”, nos sentidos atribuídos pelos citados autores.

Existe um valor prático no esforço para diferenciar capacidades e funcionamentos. Segundo a autora (2012), os objetivos das políticas públicas devem ser direcionados às capacidades, e não aos funcionamentos. À sociedade cumpre desenvolver as capacidades das pessoas, de forma que o indivíduo possa escolher, exercendo a autodeterminação, qual das capacidades colocará em funcionamento.

O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

As primeiras menções jurídico-positivas ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade aparecem na Constituição Italiana de 1947 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Em 1949, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é reconhecido como direito fundamental pela Lei Fundamental de Bonn – Constituição promulgada para a Alemanha Ocidental, país que desenvolveu sólida construção jurisprudencial e doutrinária sobre esse conceito. Antes disso, a noção de livre desenvolvimento da personalidade pode ser notada, em germe, na Constituição dos Estados Unidos de 1787, quando protege o direito individual à busca da felicidade, concedendo ao indivíduo a liberdade para determinar, por si próprio, aquilo que lhe trará felicidade, mediante sua cosmovisão particular, legitimando-o a mover-se para obtê-la: a busca da felicidade surge como proteção à autonomia do indivíduo.

A Constituição Brasileira, a despeito de não mencionar explicitamente o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, indiretamente o protege ao tutelar a dignidade humana, da



qual o livre desenvolvimento da personalidade faz parte. Nossa legislação infraconstitucional faz menções diretas e indiretas ao livre desenvolvimento da personalidade: a Lei nº 12.764/2012 assegura às pessoas com transtorno do espectro autista “a vida digna, a integridade física e moral, o *livre desenvolvimento da personalidade*, a segurança e o lazer” (artigo 3º, I); a Lei nº 12.852/2013 (Estatuto do Jovem) estipula como princípio o “*desenvolvimento integral do jovem*”; a Lei nº 12.965, que estabelece normas para o uso da internet no Brasil, tem como fundamento “os direitos humanos, o *desenvolvimento da personalidade* e o exercício da cidadania em meios digitais” (artigo 2º, II).

O conceito de livre desenvolvimento da personalidade enfrentou, em seu amadurecimento, algumas confusões terminológicas, que precisam ser elucidadas de antemão. Esse passo inicial, aliás, será útil inclusive na tarefa de delimitação aqui lançada.

Primeiro ponto a esclarecer, a distinção entre desenvolvimento da *pessoa humana* e da *personalidade*. A noção de pessoa é mais ampla que a noção de personalidade. Segundo Sarlet (2010), o pleno desenvolvimento da pessoa humana está ligado à própria noção ampla de dignidade, em que confluem os direitos fundamentais de todas as gerações. O desenvolvimento da personalidade, por sua vez, relaciona-se mais aos atributos da autonomia, autodeterminação e liberdade presentes na pessoa (MOREIRA, 2015). A proteção da personalidade, portanto, tem um âmbito mais restrito que a proteção à pessoa.

Outra reflexão válida à análise do conceito em estudo reside na distinção entre *pleno* e *livre* desenvolvimento da personalidade – o primeiro relaciona-se ao desenvolvimento completo das potencialidades humanas (um conceito ideal, que existe independentemente da vontade do sujeito), ao passo que o segundo diz respeito à escolha do indivíduo pela sua específica forma de construir a vida. Denota-se, nessa exercício de delimitação, que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade aproxima-se de uma específica noção de *liberdade individual* e de *desenvolvimento autônomo*, no sentido de que se protege mais o direito à própria



escolha do indivíduo do que um modelo pré-determinado de existência no mundo.

Essas definições terminológicas confundem-se em muitas legislações. Isso não representa necessariamente um equívoco, uma vez que o correto desenvolvimento conceitual é possível mediante um acordo semântico sobre o uso de cada expressão. A intenção das distinções até aqui lançadas é a de melhor elucidar o conteúdo da noção de livre desenvolvimento da personalidade por intermédio do contraste com conceitos similares que podem turvar a compreensão do tema.

Como dito acima, doutrina e jurisdição constitucionais alemãs trouxeram significativas contribuições ao estudo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Em seus julgados, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF) estabeleceu limites à tutela, tornando-a assim mais concreta e palpável (SCHWABE; MARTINS, 2005).

Para o TCF, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade encerra duas dimensões: o direito geral da personalidade (proteção da personalidade do sujeito – nome, honra, privacidade, intimidade etc) e a liberdade geral de ação (liberdade de agir como regra, limitada pelo direito de terceiros e pela lei moral e vinculada à ordem constitucional – portanto, a aplicação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade é *subsidiária*). Paralelo a isso, o TCF fixa também uma esfera inatingível de vida privada em que a liberdade do cidadão não pode ser tolhida nem pela lei positiva; um núcleo de ação inatingível pelo poder público, mantendo assim válida a teoria dos círculos concêntricos (esfera privada, esfera da intimidade e esfera do segredo).

As seguintes premissas, obtidas a partir de importantes julgados do TCF, expõem alguns contornos relevantes do direito ao livre desenvolvimento da personalidade:

1) O direito geral da personalidade protege o sujeito contra declarações prejudiciais à pessoa perante a opinião pública. Isso não significa que o indivíduo tem o direito de ser apresentado como gostaria de ser visto, mas sim que ele tem proteção contra representações falsas ou distorcidas que causem prejuízo significativo à sua pessoa.



No caso concreto, o requerente, pessoa pública, buscava desvencilhar-se de falsas notícias que afirmavam ser ele filiado à Scientology Church, pois a falsa associação de sua pessoa à seita trouxe-lhe prejuízos à sua imagem. O TCF deferiu o pedido do requerente com base no direito geral da personalidade, pautado nas premissas do parágrafo anterior.

2) O direito geral da personalidade abrange o direito da pessoa de conhecer sua ascendência biológica, mas não implica necessariamente no direito de obter tais informações por qualquer meio, indiscriminadamente.

O pedido julgado pelo TCF continha o requerimento de filha para que a mãe revelasse a identidade do pai biológico. A mãe, no entanto, afirmou ter mantido relações com várias pessoas no período da concepção, pessoas casadas e com famílias estáveis, optando assim por não revelar nenhum nome. As instâncias primárias deferiram o pedido da filha; no entanto, a decisão foi reformada pelo TCF, que compreendeu a necessidade de preservar a esfera privada da mãe ao não a obrigar a revelar os nomes das pessoas com quem manteve relações sexuais.

3) É possível limitar justificadamente a liberdade geral de ação. No caso, a legislação havia delegado à regulamentação administrativa a limitação ao exercício da cavalgada em parques florestais, o que foi questionado judicialmente e submetido à análise do TCF. Segundo o reclamante, a limitação da cavalgada em parques deveria ser declarada inconstitucional por violar sua liberdade geral de ação.

A reclamação foi admitida, mas julgada improcedente. O julgamento desse caso contém um dos mais célebres votos dissidentes da história do TCF. O juiz *Grimm*, ao proferir seu voto, divergiu dos demais julgadores no sentido de que a reclamação nem sequer deveria ter sido recebida, pois a proteção constitucional volta-se apenas aos comportamentos que adquirem relevância particular em relação ao desenvolvimento da personalidade. O livre exercício da cavalgada não se enquadraria nesse signo.



Os julgados aqui destacados revelam algumas dimensões importantes do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Em todos os casos, o tribunal salienta que a proteção não se volta a *qualquer* violação, mas deve ser aplicada *subsidiariamente*, apenas nos casos de transgressões mais significativas ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Verifica-se, também, que o momento da realização da tutela não pode representar a violação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade de outra pessoa (caso da genitora que não foi obrigada a revelar à filha o nome das pessoas com quem manteve relações sexuais, para a identificação da paternidade). Ainda, podemos observar que não se trata, naturalmente, de um direito absoluto – ou seja, é possível, de forma razoável e justificada, traçar limitações ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

A despeito da dificuldade inerente à delimitação de qualquer direito fundamental, os elementos lançados assim possibilitam distinguir alguns contornos essenciais do direito ao livre desenvolvimento da personalidade: 1) volta-se basicamente à proteção à liberdade de a pessoa escolher seu próprio modelo de vida privada e assim exercê-lo; 2) não se confunde com a proteção à *pessoa*, mas sim com a proteção à *personalidade*: significa que a tutela volta-se à realização do sujeito enquanto ser livre para se auto-realizar conforme suas próprias escolhas; 3) protege a *liberdade* de a pessoa escolher, e não uma escolha pré-determinada construída seja cultural, social ou juridicamente (não *pleno*, mas sim *livre* desenvolvimento da personalidade); 4) encerra duas grandes dimensões: a liberdade geral de ação e os direitos da personalidade; 5) sua aplicação deve ser *subsidiária*, aplicada apenas a violações mais graves e significativas, de forma a não banalizar o conteúdo desse direito; 6) as limitações razoáveis e justificáveis não representam violação ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade (como os limites impostos constitucionalmente ou pelo direito de outra pessoa).

Por fim, embora a tutela ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade seja predominantemente *negativa* – no sentido de



o Estado agir para *afastar* as violações -, é possível visualizar formas de tutela *positiva* a esse direito, quando o Estado é acionado para *garanti-lo* mediante prestações ativas (como, por exemplo, ao garantir educação básica de qualidade a todos, para que as pessoas estejam capacitadas para exercer sua autodeterminação).

RELAÇÕES ENTRE O ENFOQUE DAS CAPACIDADES E O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

A partir deste ponto, busco estabelecer conexões entre os dois conceitos sob análise. Para tanto, tentarei destacar os pontos de semelhança e de diferença entre os conceitos, possibilitando assim demarcar a área de abordagem de cada um, seu lugar teórico.

O enfoque das capacidades e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade são conceitos porosos, com área temática muito ampla – que, aliás, em muitos aspectos é comum às duas noções. Ambas as noções aqui comparadas têm objeto de análise bastante similar: a possibilidade de o ser humano desenvolver-se da forma mais plena possível - ou “desenvolvimento humano”. Entretanto, a despeito de terem, grosso modo falando, o mesmo objeto, o desenvolvimento de cada um dos conceitos toma rumos diferentes. O enfoque das capacidades de Nussbaum assume a linguagem de uma teoria da justiça, de forma que o problema jurídico referente ao objeto é abordado de forma lateral – diferentemente da noção de livre desenvolvimento da personalidade, que se direciona especificamente a uma situação jurídica. Em outras palavras, enquanto o enfoque das capacidades busca desvelar situações de *injustiça* desenvolvidas e ocultas em nossas relações sociais, o estudo sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade volta-se ao delineamento do *conteúdo jurídico* desse conceito, num esforço hermenêutico voltado tanto à atividade legislativa quanto



à jurisdicional – ambas, é importante pontuar, de caráter jurídico. No entanto, os dois conceitos não se afastam da temática comum “desenvolvimento humano”.

Existe uma diferença substancial entre as noções de livre desenvolvimento da personalidade e enfoque das capacidades. O desenvolvimento do conceito de livre desenvolvimento da personalidade volta-se basicamente à limitação do Estado - e de particulares (eficácia horizontal dos direitos humanos) - em relação à intervenção na esfera jurídica do indivíduo. Trata-se de uma característica decorrente da própria natureza jurídica do livre desenvolvimento da personalidade: traçar limites à ação das pessoas. O discurso do enfoque das capacidades, por outro lado, caminha no sentido de conduzir um programa de ação do Estado e da sociedade em geral que atenda às necessidades dos hipossuficientes e dos excluídos do contrato social e suprima situações de injustiça. Como se trata de uma concepção de justiça, a ação que o enfoque das capacidades enceta é de reconfiguração social. Assim, enquanto o livre desenvolvimento da personalidade atribui direitos individuais que representam limitações à ação estatal, o enfoque das capacidades atribui direitos que, para sua realização, demandam uma postura ativa da sociedade.

Possível identificar uma relação interessante entre a área de abrangência das duas ideias sob análise. Um olhar superficial sobre a área designativa desses conceitos poderia revelar que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (compreendido aqui como “direitos da personalidade + liberdade geral de ação”) representaria uma parcela compreendida dentro do objeto do enfoque das capacidades de Nussbaum – afinal, nas 10 capacidades centrais elencadas pela filósofa poder-se-ia compreender o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Por outro lado, considerando a reflexão desenvolvida no parágrafo anterior, não é possível equiparar esses conceitos numa mesma esfera semântica, reduzindo um ao outro: são abordagens diversas que funcionam em suas linguagens específicas, impossibilitando a redução semântica de uma categoria à outra.



A semelhança de objeto leva a outra relação interessante presente entre as categorias internas desenvolvidas por cada um dos conceitos em estudo. O enfoque das capacidades compreende a dualidade “capacidade/funcionamento”, que forma paralelo com a ontologia aristotélica - “potência/ato”. As capacidades, nessa perspectiva, seriam potências a serem realizadas quando colocadas em funcionamento (ato). No entanto, o funcionamento também fundamentaria a existência da respectiva capacidade, de forma que uma capacidade possa deixar de existir se jamais for posta em funcionamento. A efetivação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, por sua vez, compreende não apenas ações negativas, mas também ações positivas – oferecer educação básica, por exemplo, é uma forma de viabilizar materialmente o exercício da autonomia. A proximidade entre as categorias, nessa perspectiva, reside no fato de que ambas impescindem de uma correspondência com a realidade: a existência compreende não apenas o aspecto formal (capacidade e direitos da personalidade negativos), mas também o aspecto material (funcionamento e necessidade de efetivação positiva dos direitos da personalidade). Assim como as capacidades tornam-se obsoletas pela falta de funcionamento, a proteção aos direitos da personalidade revela-se insuficiente quando ausente as condições materiais de o indivíduo exercer esses direitos.

As duas perspectivas, embora partam de pontos de vista diversos, são complementares. A perspectiva jurídica tem uma limitação natural no tocante à produção de respostas relativas a questionamentos sobre ética e justiça. O direito aborda essas questões de forma lateral. A teoria da justiça, por sua vez, tem por objeto essa problemática, mas observa o aspecto jurídico apenas indiretamente. As respostas produzidas pela teoria da justiça não se aprofundam nas questões jurídicas que se entrelaçam no problema da atuação do Estado e da sociedade no desenvolvimento humano. É por esta razão que as noções de livre desenvolvimento da personalidade e de enfoque das capacidades se complementam: seus limites



epistemológicos podem ser aprimorados com o desenvolvimento de um diálogo entre elas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o enfoque das capacidades são conceitos que se desenvolveram em época relativamente recente, a partir da metade do século XX. Ambos tratam de um tema específico da pós-modernidade: o desenvolvimento humano. Por circularem em uma esfera bastante abstrata da reflexão jurídica e filosófica, são conceitos semanticamente porosos por sua própria natureza. No entanto, a despeito dessa porosidade, foi possível, com base no levantamento bibliográfico realizado para a construção deste artigo, traçar algumas linhas de relação entre os dois conceitos:

1) O objeto de análise de ambos é basicamente o mesmo: tratam do desenvolvimento humano, a possibilidade de o ser humano desenvolver-se da forma mais plena possível;

2) No entanto, a abordagem epistemológica de cada um dos conceitos sob análise é diferente: o direito ao livre desenvolvimento da personalidade consiste numa reflexão *jurídica* acerca do desenvolvimento humano; o enfoque das capacidades, por sua vez, oferece uma perspectiva *filosófica*, consiste numa contribuição para uma teoria da justiça.

3) Do que se afirma no item “2” decorre a seguinte diferença prática das duas noções: o livre desenvolvimento da personalidade volta-se basicamente à construção racional de limites do Estado - e de particulares (eficácia horizontal dos direitos humanos) - em relação à intervenção na esfera jurídica do indivíduo. Já a reflexão do enfoque das capacidades conduz um programa de ação do Estado e da sociedade em geral que atenda às necessidades dos hipossuficientes e dos excluídos do contrato social e suprima situações de injustiça.



4) Do que foi afirmado no item “2” decorre, ainda, a afirmação de que um conceito não pode ser semanticamente reduzido ao outro – ou seja, não há uma relação gênero-espécie entre eles. São abordagens diversas que funcionam em suas linguagens específicas, impossibilitando a redução semântica de uma categoria à outra.

5) Tanto o enfoque das capacidades quanto o direito ao livre desenvolvimento da personalidade são construções cuja preocupação teórica não se limita à esfera formal. Em ambas há um desenvolvimento atento à realidade material: no enfoque das capacidades, há a dinâmica entre “capacidades” e “funcionamento”, reconhecendo que uma capacidade torna-se obsoleta quando não posta em funcionamento; no livre desenvolvimento da personalidade há as prestações positivas, que visam garantir a capacitação das pessoas para o exercício desses direitos individuais.

Do delineamento referente às relações entre os dois conceitos é possível destacar que a diferença epistemológica central entre eles é também o fundamento para sua complementariedade mútua. O estudo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e do enfoque das capacidades pode ser enriquecido por intermédio de um diálogo teórico entre os dois conceitos – os dois conceitos representam perspectivas diversas para o mesmo objeto de estudo, e suas limitações epistemológicas são correspondentes: enquanto o livre desenvolvimento da personalidade trata do tema jurídico de forma central e do tema da justiça de forma lateral, o enfoque das capacidades trata do tema da justiça de forma central e do tema jurídico de forma lateral.

A contribuição deste artigo reside em destacar os pontos de relação, convergentes e divergentes, entre os dois conceitos e verificar a complementariedade mútua deles. Os limites de reflexão podem ser estendidos por intermédio desse diálogo, aprimorando assim o estudo do tema amplo “desenvolvimento humano”.



REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. *Revista de Derecho Privado*, Universidade Externado de Colombia, n. 24, p. 81-111, 2013.

BITTAR, Eduardo C. B. Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, intersecções, relações. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 143, 1999.

BRASIL. Lei nº 6.015/1973, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2 dez. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015original.htm. Acesso em: 9 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.434/1997, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 fev. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm. Acesso em: 9 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.211/2001, de 23 de março de 2001. Altera dispositivos da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que “dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento”. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10211.htm. Acesso em: 9 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406/2002, 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/2002/110406.htm. Acesso em: 9 ago; 2018.

BRASIL. Lei nº 12.764/2012, de 27 de dezembro de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3o do art. 98 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 dez. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em: 9 ago. 2018.



BRASIL. Lei nº 12.852/2013, de 5 de agosto de 2013. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 6 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12852.htm. Acesso em: 9 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.965/2014, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm. Acesso em: 9 ago. 2018.

DE MARCO, Crísthian Magnus. *Considerações sobre o direito fundamental à própria imagem*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2017.

DE MARCO, Crísthian Magnus; FREITAS, Riva Sobrado de. Pressupostos para o estudo dos direitos da personalidade na dogmática dos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, 2013.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 14, n. 56, 1977.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a tutela da vontade do paciente terminal*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, 2015.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. O direito à orientação sexual como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 14, n. 2, 2009.



MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, v. 779, 2000.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: caminhos para a proteção e promoção da pessoa humana*. 2015. 290 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

NUSSBAUM, Martha. Capacidade e justiça social. In: DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; BARBOSA, Livia (org.). *Deficiência e Igualdade*. Brasília: Editora UnB, 2010.

NUSSBAUM, Martha. *Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano*. Barcelona: Paidós, 2012.

NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, v. 2, 2010.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995.



O CUIDADO COMO PRESSUPOSTO PARA O DESENVOLVIMENTO E A MANUTENÇÃO DAS CAPACIDADES E AUTONOMIA DAS PESSOAS IDOSAS

Rafaela Pederiva¹

INTRODUÇÃO

O perfil etário da população brasileira se modificou sensivelmente nos últimos seis anos. De 2012 a 2017 o número de idosos aumentou 18% em todos os estados da federação (IBGE, 2018). Essa modificação no perfil populacional produziu transformações sociais, econômicas e políticas que demandam alterações na forma como a pessoa idosa é vista e tratada no Brasil.

É fato que desde a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) legalmente o foco se voltou para a dignidade humana das pessoas – inclusive da pessoa idosa – bem como para a proteção social. Não obstante o contínuo desenvolvimento das políticas públicas,² que incluem a pessoa idosa entre seu público alvo de atendimento, as ações específicas de valorização e cuidado dessa categoria de cidadãos vem sendo implementadas lentamente. Como exemplo, cita-se o transcurso de 15 anos entre a CRFB/88 e a promulgação da Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003, denominada Estatuto do Idoso.

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), Especialista em Psicologia Jurídica (Unoesc), Especialista em Direito Público e Privado: Material e Processual II (Unoesc), Psicóloga CRP-12/02072, Psicanalista.

² Além da Lei nº 10.741/2003 - Estatuto do Idoso, podem ser considerados marcos legais da política de atendimento à pessoa idosa: Constituição Federal de 1988; Lei Orgânica da Assistência Social (Loas), 1993; Política Nacional de Assistência Social (PNAS), 1998; Norma Operacional Básica (NOB), 1997-1998; Política Nacional de Assistência Social (PNAS), 2004; Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social (NOB-Suas), 2005; Norma Operacional Básica de Recursos Humanos (NOB-RH), 2006.



Se as ações têm sido lentas, os estudos se revelaram intensos não apenas na geriatria e na gerontologia, mas em todas as áreas do saber. O próprio Estatuto do Idoso certamente influenciou para o aumento, nos anos seguintes a sua promulgação, dos estudos sobre o envelhecimento na área jurídica e afins sem, no entanto, esgotar o tema. Enquanto muitos estudiosos das áreas das ciências biológicas seguem aprimorando e fazendo novos achados sobre a senescência,³ os das áreas de humanas se voltam para compreender que no envelhecimento se mantém a plasticidade psíquica, o que muda a concepção de ciclo de vida para o desenvolvimento ao longo de toda a vida.⁴

Num viés de forte influência constitucionalista, os estudos jurídicos sobre as pessoas idosas têm se mostrado de relevância inegável, pois visam garantir a essa categoria de cidadãos o acesso aos direitos e garantias constitucionais em igualdade aos demais. Com isso, têm sido produzidos na área jurídica saberes sobre o envelhecimento sob a ótica de um direito personalíssimo,⁵ com suas consequentes proteções e garantias. Nessa esteira, no presente artigo defende-se que o cuidado é pressuposto para a dignidade da pessoa idosa a partir do desenvolvimento e da manutenção de suas capacidades e autonomia. Portanto, com o estudo objetivou-se associar o desenvolvimento e a manutenção das capacidades e autonomia da pessoa idosa com a noção jurídica de cuidado, como proteção à dignidade humana da pessoa idosa. Especificamente, buscou-se situar a noção de velhice abordada no estudo; abordar a velhice a partir do enfoque das capacidades de Martha Nussbaum, e enfatizar o cuidado como proteção da dignidade humana da pessoa

³ Senescência é vocábulo de uso corrente nas áreas biomédicas porque designa o processo metabólico irreversível de envelhecimento celular. Etimologicamente, do verbo latino *senescere*, palavra cuja raiz *senex* (ancião) junta-se o sufixo verbal *scere* (processo) (MICHAELIS, 2018).

⁴ Paradigma proposto por Paul Baltes que consiste no desenvolvimento ao longo de toda a vida, com influência das relações sociais, afastando-se da ideia de que os determinantes do desenvolvimento humano decorrem fatores puramente biológicos (NERI, 2006).

⁵ Conforme o art. 8º da Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso.



idosa. Dessa forma, consistiu em problema de pesquisa saber: Se o desenvolvimento e a manutenção das capacidades e da autonomia da pessoa idosa são necessários para que o cuidado seja considerado pressuposto para a garantia da dignidade humana da pessoa idosa?

Formalizado numa abordagem qualitativa, de método dedutivo e de tipo exploratório, o estudo bibliográfico realizado passa a ser apresentado em três partes. A primeira contextualiza a velhice como periodização da vida, a partir de Simone De Beauvoir, Guita Grin Debert e Martha Craven Nussbaum. A segunda apresenta o enfoque das capacidades que, a partir de Amartya Kumar Sen e Martha Craven Nussbaum, idealiza a vida humana e julga sua qualidade a partir de um conjunto de efetivações que a pessoa é capaz de desempenhar. A terceira parte, por fim, aborda o cuidado como garantia da dignidade humana que, a partir da concepção de Martha Craven Nussbaum, pode ser compreendida pelo gozo inalienável da condição de humanidade propiciada pelo exercício das capacidades, e cujo respeito pode ser reclamado perante os outros, as instituições e a lei.

CONTEXTUALIZANDO A VELHICE

Simone de Beauvoir comumente é apontada como a socióloga que produziu a mais importante reflexão sobre o envelhecimento. Com ela teria quebrado a conspiração silenciosa que ainda recobria a velhice nos anos de 1970. Em *A velhice*, Beauvoir (1970) se propôs a denunciar a situação das pessoas idosas na França e em outros países. Descreveu uma situação de desespero, abandono e miséria de idosos franceses - que na época representavam 12% da população -, se em comparação a outras faixas etárias. Denunciou em seu livro um visível tratamento diferente dispensado às pessoas idosas, não apenas na França, mas em muitos países do ocidente.

Vale refletir se e como essa apresentação feita por Beauvoir de uma velhice desvalida ainda se sustenta em pleno século XXI.



Isso porque, além dos avanços científicos da medicina e afins que trazem qualidade de vida, as pessoas idosas de hoje não vivenciam a velhice da mesma forma que aquelas de quase 50 anos atrás. Na medida em que envelhecem, muitas pessoas idosas acompanham as mudanças científicas, culturais e sociais. Não vivem, na virada da idade, uma espécie de metamorfose que as torne decrepitas e incapazes. Tampouco são acometidas pelo destino da tristeza e do abandono (NUSSBAUM, 2018). Há muitas pessoas que, a sua maneira, permanecem produtivas e ativas na velhice posto que se apresentam numa condição de envelhescência⁶ (BERLINCK, 2000).

A envelhescência como “ato de subjetivação” definido por Berlinck (2000, p. 195) representa a experiência de uma época de vida na qual ocorre, sim, o surpreender-se com a proximidade da morte, vivenciar a tristeza e o sofrimento pelas perdas. Mas, igualmente compreende a época de pensar o possível, não mais o ideal, mas o possível para se viver bem e com dignidade. Essa noção desenvolvida por Berlinck faz lembrar do livro de Martha Nussbaum e Saul Levmonre (2018) - *Envejecer con sentido: conversaciones sobre el amor, las arrugas y otros pesares* -, no qual os autores trazem inúmeras reflexões sobre os meios possíveis de se estar bem na própria pele na medida em que se envelhece.

Inclusive, pode-se ver que tais autores, assim como tantos outros vêm reforçar a concepção cultural de velhice já assinalada por Simone De Beauvoir.⁷ É uma visão afastada da ideia de que envelhecer se restringe à senescência, processo biológico de decrepitude. Socialmente, e tendo por base os valores e as influências culturais, a velhice se inscreveu como lugar de decrepitude, de preconceito e miséria, de isolamento e asilamento, e de paralisação no tempo.

⁶ Envelhescência: expressão cunhada pelo psicanalista Manoel Tosta Berlinck que designar uma época em que a pessoa idosa tem a possibilidade de flexibilizar seu Eu na medida em que pensa e resignifica sua velhice, distinguindo-a do estigma e do preconceito, vivendo-a com um mínimo de dignidade (BERLINCK, 2000).

⁷ Na edição francesa, Simone De Beauvoir deixa evidente (1970, p. 19) [...] *la vieillesse ne saurait être comprise qu'en totalité; elle n'est pas seulement un fait biologique, mais un fait culturel*. Tradução livre: somente se compreende a velhice na totalidade; ela não é somente um fato biológico, mas um fato cultural.



Tradicionalmente, no Brasil, a velhice por muito tempo teve esse caráter desvalido associado à falta de cuidado com a saúde e também com os excessos e os maus hábitos. Além do Brasil, há outros países ocidentais que investem na valorização excessiva da juventude e num desvalimento da velhice. Resultantes do Pós-guerra, os constantes desdobramentos socialmente construídos das etapas etárias, marcaram a juventude não mais enquanto grupo etário, mas como um valor a ser conquistado e mantido independentemente da idade por meio do consumo de bens e serviços adequados. Já a velhice, que igualmente deixou de ser uma faixa etária, tornou-se para muitos a expressão de atitudes negligentes com o próprio corpo, bem como de desinvestimento da vida (DEBERT, 2010). Passou, ainda, a ser vista como uma parada no tempo, posto que algumas pessoas idosas parecem não acompanhar as mudanças e o ritmo do mundo tecnológico (CORREA, 2009).

A esse respeito, vale destacar que em seu estudo etnográfico sobre a velhice, Beauvoir (1970) já afirmava que comumente as sociedades desprezam, abandonam e maltratam suas pessoas idosas. As justificativas para esse abandono são diversas e frequentemente dizem respeito ao tipo de relação que se estabeleceu entre essas pessoas e seus familiares ou comunidade. Não obstante ainda seja comum essa visão desvalida e o abandono, há sociedades que valorizam e respeitam seus idosos, inclusive consultando-os sobre dificuldades e problemas. Todavia, nessas mesmas sociedades pode ocorrer o abandono quando o idoso se apresenta desgastado, com perdas de suas faculdades, tornando-se um inútil. Isolados do trabalho, da vida social, dos espaços de lazer e do espaço doméstico, muitos idosos restam submetidos a uma avassaladora solidão (CORREA, 2009).

O desprezo e abandono apontados por Beauvoir já haviam sido identificados por Butler nos EUA nos anos de 1969. Inclusive, Butler (1969) cunhou a expressão *ageism* para representar ou nomear o preconceito advindo das crenças equivocadas sobre o envelhecimento, cujo resultado era a discriminação social da pessoa idosa, tendo como critério a idade. Comparou o *ageism* às outras



intolerâncias – sexual, racial e religiosa – que ocasionam práticas de segregação e, conseqüentemente, de tratamento desigual e restrição de oportunidades sociais. Após Butler, outros autores aprimoraram essa percepção e agregaram à ideia de *ageism* a superproteção, a criação de estereótipos positivos sobre o envelhecimento – que compreendem a supervalorização de atributos como sabedoria, experiência que levam a falsas expectativas - a produção de hipóteses e interpretações de pesquisas baseadas em crenças falsas sobre a velhice e, por fim, a criação de um *ageism* implícito – em que sentimentos, ideias e comportamentos discriminativos são vivenciados por todos, inclusive os idosos, como se fossem formas normais e corretas de interação (NERI, 2015).

Ainda presente no imaginário comum, a leitura de que a pessoa idosa é alguém entregue à chegada da morte, desatualizada e desvalida nada mais é do que uma percepção cultural e social construída, e que muitas vezes incrusta o autoconceito de pessoas idosas. Logo se percebe que a sociedade é quem submete a velhice a um estigma social generalizado - atribuem aos que envelhecem incompetência, inutilidade, feiura e, sobretudo, de que carecem de iniciativa. Ademais, delas comumente se espera exigentemente serenidade, virtude exemplar e sabedoria (BEAUVOIR, 1970). O que indiscutivelmente afeta a autopercepção e autoestima das pessoas idosas (NUSSBAUM, 2018).

Socialmente situada fora da humanidade, fosse pela idealização das virtudes ou pela abjeção da realidade, a velhice é para além das modificações e declínios biológicos, um fato cultural porque, não obstante a importância da senescência no envelhecimento, esse processo de involução senil só se produz dentro da sociedade (BEAUVOIR, 1970; DEBERT, 2004; CORREA, 2009; NUSSBAUM, 2018), sendo limitado pelos fatores econômicos, mas sobretudo dependendo tanto da natureza da sociedade como do papel que a pessoa idosa ocupa nela, bem como da imagem que se tem dela em distintas épocas e lugares (BEAUVOIR, 1970).



A imagem e papel social hoje atribuído a pessoa idosa remete a desconstrução da ideia de idade cronológica e foram criados estágios favoráveis aos prazeres e satisfações pessoais que não foram vividos em outras etapas (DEBERT, 1997). O que reforça a compreensão de que tanto a idade como o envelhecimento não são dados da natureza que constituam grupos ou justifiquem comportamentos. Antes, são construções sociais em que se periodiza a vida ao se desenvolver categorias de idade fundamentando-as nos valores e na definição do espaço familiar e doméstico pelo Estado (DEBERT, 1997). Enquanto categorias, não apenas são construídas, mas sofrem modificações de acordo com a cultura, com os valores e a forma de perceber as pessoas e as relações. Porém, tem efetividade e função de organizar a sociedade. Tal como se deu com a criação da terceira idade como uma categoria determinada pelas transformações sociais no processo produtivo e que foi interposta entre a adultez e a velhice (DEBERT, 2007).

Embora sejam categorias construídas socialmente, também podem ter fatores constantes - denominados por Simmons (1945 apud MINAYO; COIMBRA JUNIOR, 2002) de Universais - que, independentemente da cultura ou da sociedade, caracterizam as pessoas na última etapa de vida. São eles: ter longevidade; ter dignidade e ausência de sofrimento ao findar da vida; na perda das capacidades, ser auxiliado e protegido; ter participação ativa na comunidade; estender o máximo possível as conquistas e os direitos ao respeito, à autoridade e à propriedade (DEBERT, 2007). Sobretudo, deve-se levar em conta que a velhice é um tema que não cabem generalizações, pois cada sujeito envelhece de forma distinta. Nem todos padecem das mesmas perdas e demências, bem como, as perdas de função que ocorrem não são iguais nem se fazem presentes quando as pessoas atingem a mesma idade cronológica (NUSSBAUM, 2018). Além disso, como já apontado acima ao se abordar a envelhescência, as pessoas lidam com suas perdas e experiências presentes de forma distinta, sem os radicalismos juvenis, as atitudes infantis ou a crítica social destrutiva, mas denotando experiência e uma capacidade de pensar favorável à própria vida.



Dessa forma, vale questionar se há respeito e valorização às pessoas idosas simplesmente pelo fato de serem humanas, numa postura solidária e democrática (NUSSBAUM, 2018) ou se a valorização se dá pelos estereótipos de juventude maníaca assumidos por muitos no envelhecimento (BERLINCK, 2000). Postura essa que é extremamente valorizada no Brasil, onde só é boa a velhice e saudável a pessoa idosa que consegue prolongar sua juventude por conta de suas atitudes e cuidados (NERI, 2015). Tal posicionamento dificulta o entendimento, o respeito e o investimento com o cuidado com a velhice, inclusive no campo econômico.

Na condição de inativas economicamente, dificilmente as pessoas idosas fazem valer seus direitos (BEAUVOIR, 1970). Quando deixam de produzir mais-valia lhes é exigido que ocupem e preencham seus tempos ociosos porque, no presente, o tempo não pode ser oco, vazio. Ele deve, portanto, ser preenchido com prescrições e programas que o ocupem com atividades que tragam às pessoas idosas realização enquanto pessoas humanas. Dessa forma, alcançar autorrealização passou a ser um imperativo característico da terceira idade. Ademais, pessoas idosas que comumente eram – e algumas vezes ainda são – tomadas como desprovidas de potência econômica, agora figuram como nicho de exploração econômica. Diversos são os investimentos no mercado de consumo destinado às pessoas idosas, desde turismo até o empréstimo consignado (CORREA, 2009).

Além da determinância social, a questão econômica também foi apontada por Beauvoir (1970), como um dos meios que auxiliaram a compreender como ao longo do século XX se configurou a velhice, bem como se periodizou a vida em diversas etapas intermediárias que se põe entre vida adulta e velhice – tais como: meia-idade, terceira idade, e aposentadoria ativa. A idade passou, portanto, a ter uma dimensão fundamental para a organização social na medida em que, ao institucionalizar o curso da vida, demarcou as fronteiras e dimensionou o funcionamento familiar, o sistema produtivo, social e do trabalho (DEBERT, 2007).



Do levantado até aqui, percebe-se que, periodizando a vida, socialmente a velhice se inscreveu como lugar de decrepitude, de misérias e preconceitos, muitas vezes de isolamento e asilamento. Já a terceira idade, passou a ser o período de vida cada vez mais investido. Por um lado, por propiciar que, na medida em que usufruam dos prazeres, as pessoas idosas ilusoriamente prolonguem suas juventudes. Por outro, por garantir para essas pessoas um lugar na classe de consumo – viagens, bens, saúde, estética, entre outros. Resta refletir se, no investimento e no reconhecimento que se vem dirigindo nos últimos anos a certos períodos da velhice, se proporciona efetivamente a dignidade às pessoas idosas, ainda, se se está se levando em conta suas capacidades ou se o enfoque é utilitarista.

O ENFOQUE DAS CAPACIDADES PROPOSTO POR SEN E NUSSBAUM

Conceituada como a capacidade de duração ou do prolongamento da vida mais que o comum, a longevidade facilmente é confundida pelo senso comum como se fosse sinônimo de qualidade de vida. Sobre essa confusão destaca-se o entendimento de Amartya Sen (1993) para quem a longevidade configura apenas aumento na quantidade de vida, uma vez que quantidade de anos vividos não é sinônimo nem evidencia maior qualidade. Dentro desse delineamento, o que marcará a velhice longa como qualidade tampouco será simplesmente a liberdade de tê-la estendido por mais tempo. Antes, o que definirá a velhice longa como evidência de qualidade de vida é o aumento de liberdade, sim, porém, levando-se em consideração o enfoque das capacidades.

O enfoque das capacidades, considerado numa perspectiva contemporânea, tem em sua construção a influência dos pensamentos aristotélico e estóico, bem como a contribuição de filósofos como Kant e Rawls (SEN, 1993; NUSSBAUM, 2012). Em sua definição, nuclearmente



se encontra a ideia do fazer vinculada a da liberdade. Além disso, as capacidades, consideradas como uma espécie de liberdade, têm valor atribuído a partir de dois sentidos, o da liberdade em si e o da realização ativa de uma ou mais capacidades. Desses dois sentidos, são consideradas de maior importância aquelas sobre os funcionamentos porque garantem que exista espaço para que a liberdade humana seja exercida (NUSSBAUM, 2012).

Não obstante a ideia de liberdade substantiva de Sen (2009), neste estudo, o conceito de capacidades é compreendido conforme Nussbaum (2013, p. 84, grifo da autora) para quem as capacidades humanas consistem “[...] no que de fato as pessoas são capazes de fazer e ser, instruídas, de certa forma, pela ideia intuitiva de uma vida apropriada à dignidade do ser humano.” Sendo que essas capacidades explicam as garantias humanas centrais para todas as pessoas, e que são de responsabilidade do Estado e da comunidade internacional. Com isso pode-se compreender, portanto, que a liberdade e a dignidade são os dois princípios que fundamentam as capacidades, sendo que a liberdade possibilita estabelecer a distinção entre capacidade e funcionamento.

O enfoque das capacidades depende do gozo da liberdade da pessoa que lhe propicia a escolha dos diferentes modos ou exercícios distintos conforme a sua vontade (SEN, 1993), ao passo que o funcionamento não é nada além dos seres ou fazeres que se elegem no marco das capacidades. Já a dignidade, para a sustentação das capacidades, significa que a pessoa foi considerada um fim em si mesmo e não um meio, o que fica demonstrado quando são dadas as condições necessárias para se viver de forma dignamente humana (NUSSBAUM, 2012). Há ainda um terceiro enfoque que é analisar a injustiça social - este permite que se exija do Estado que forneça melhores condições de vida evitando a marginalidade e a discriminação (REYES-TORRES, 2015).

Além dos princípios norteadores, também foram definidos dois tipos principais de capacidades, que são as combinadas e as internas. As primeiras podem ser compreendidas pelas oportunidades



concretas de eleição e atuação social, política e econômica. Já as segundas podem ser associadas às características da pessoa. Esses dois tipos de capacidades são complementares, e observá-los torna possível avaliar se a sociedade as produz adequadamente, se as estimula e se as propicia para que sejam desenvolvidas. Ademais, devem contribuir para que a vida seja vivida de forma digna bem como provocar o debate público sobre o enfoque das capacidades, pois, uma vez que está relacionado aos direitos humanos, diverge do posicionamento das demais teorias que tendem ao reducionismo, pois priorizam o utilitarismo e vêem o desenvolvimento restrito a apenas um conceito e aos recursos (NUSSBAUM, 2012).

Como destaca Nussbaum (2012, p. 84), “todas as pessoas têm direito a certos bens centrais em virtude de sua própria humanidade.”⁸ Assim, politicamente deveria se esperar que todas as pessoas conseguissem ultrapassar “certo nível limiar de capacidades, como uma liberdade substancial para escolher e agir.” (NUSSBAUM, 2012, p. 44).⁹ Para tanto, há que ser constitucionalmente implementado o enfoque das capacidades por meio dos direitos fundamentais, respeitando a história e a tradição, mas evitando o relativismo cultural que prejudica a dignidade humana. No tocante à pessoa idosa, vale lembrar que a Lei 10.741/2003, em seu artigo 10, garante tais liberdades de escolha e ação, não apenas descritas como liberdade de ir e vir, mas incluindo em seu rol as liberdades de crença, de participação política e comunitária e, entre outras, a liberdade de buscar auxílio, refúgio e orientação. Entretanto, o que dirá que o cumprimento ou exercício de tal liberdade é garantidora de qualidade de vida ou de dignidade será sempre um critério reflexivo, nunca mecânico (SEN, 1993).

A partir dessa concepção de que o exercício de certas liberdades garante às pessoas uma existência digna, é delineado um mínimo de capacidades que, se cumpridas, garantem a dignidade.

⁸ Tradução livre. No original: “*todas las personas tienen derecho a ciertos bienes centrales en virtud de su humanidad misma.*” (NUSSBAUM, 2012, p. 84).

⁹ Livre tradução. No original: “[...] *todos superen un cierto nivel umbral de capacidades, como una libertad sustancial para elegir e actuar.*” (NUSSBAUM, 2012, p. 44).



Nussbaum (2013) expõe um rol de dez capacidades centrais cruciais que possibilitam a proteção da liberdade e o desenvolvimento da pessoa humana. O cumprimento dessas dez capacidades, que se sustentam entre si, representa a superação de um nível mínimo. E, se não cumpridas, se configura a falta de dignidade. São elas: a vida; a saúde física; a integridade física; os sentidos, a imaginação e o pensamento; a emoções; a razão prática; a afiliação; outras espécies; o lazer; e o controle sobre o próprio entorno. Sendo que a afiliação e a razão prática possibilitam organizar o funcionamento das demais capacidades e a reduzir os prejuízos decorrentes da ausência de outras capacidades. Em consonância, Sen (1993) esclarece que a efetivação desses elementos é constitutiva do próprio ser da pessoa e que tais elementos devem ser considerados em sua variedade de combinações, o que permitirá igualmente avaliar seu bem-estar.

Como visto, Sen (1993) e Nussbaum (2012) defendem a existência de um mínimo de valores globais destinados à proteção da liberdade de escolha. E, não obstante as nações busquem garantir essas capacidades básicas, elas não podem ser associadas ao local de nascimento ou a características como classe social, raça ou gênero. Trata-se de uma questão de justiça global que nem sempre está presente posto que o poder nem sempre é usado a favor do bem social, tal como se observa na profunda desigualdade entre as nações de distribuição de oportunidades.

Ainda sobre esse aspecto, Nussbaum (2012) entende que se faz necessário o estabelecimento de um contrato global entre nações, instituições e organizações não governamentais para se corrigir esse desequilíbrio global por meio da valorização e atenção às circunstâncias de cada país por meio do enfoque das capacidades. Isso porque compreende que “o desenvolvimento consiste em possibilitar que as pessoas tenham uma vida plena e criativa, desenvolvam seu potencial e formem uma existência significativa consoante com a igualdade da dignidade humana de todas as pessoas.” (NUSSBAUM,



2012, p. 216).¹⁰ A definição de Nussbaum traz à lembrança a concepção de envelhecimento proposta pelo psicanalista Manoel Tosta Berlinck, a qual foi abordada na primeira parte.

Ao se pensar sobre as pessoas idosas, faz-se necessário também refletir sobre a insuficiência das capacidades. Essas não devem ser tomadas como perda da liberdade. Trata-se antes da presença de obstáculos que precisam ser identificados e removidos com assistência. Igualmente, faz-se necessário identificar as carências em relação às quais se deve agir para propiciar que a pessoa alcance a liberdade e desfrute da qualidade de vida a partir de suas distintas funções e por suas próprias condições e capacidades. Nessa busca, é importante que se leve em consideração o tempo e as circunstâncias, pois incidem tanto na maleabilidade quanto nas exigências. Caso as capacidades apareçam como prerrogativas ou títulos, o seu não reconhecimento pode provocar danos e, conseqüentemente, pode ser demandada sua reparação. Uma vez que são princípios políticos, a expressão jurídica e o entendimento como tal das capacidades contribui para que ajude a compreender e admitir como reais a efetividade dos direitos das pessoas (REYES-TORRES, 2015).

A situação de pessoas idosas que apresentam insuficiência das capacidades pode ser compreendida como muito próxima a situação das deficiências. Essas, assim como a velhice tendem a serem consideradas muito mais dentro de uma perspectiva médica do que social e de direitos humanos fundamentais. Em ambos os casos, deficiências e velhice, é preciso que o enfoque seja direcionado à pessoa e não a condição de deficiência ou velhice. Ainda que, comumente o tratamento diferenciado dado a essas pessoas passe a ser compreendido como caridade, paternalismo ou mesmo como perpetuação da condição de deficiente, de incapaz, deve-se buscar o tratamento dentro do enfoque das capacidades para que a pessoa

¹⁰ Livre tradução, no original: "el desarrollo consiste en hacer posible que las personas vivan vidas plenas y creativas, desarrollen su potencial y formen una existencia significativa acorde con la igualdad de dignidad humana de todos los individuos." (NUSSBAUM, 2012, p. 216).



com deficiência desfrute de oportunidades para seu bem-estar social e pessoal (REYES-TORRES, 2015).

Por isso, o enfoque das capacidades proposto por Martha Nussbaum e Amartya Sen funciona, assim como no caso das deficiências, também para as pessoas idosas como uma ferramenta complementar que propicia uma visão social, voltada para o cuidado e a valorização da pessoa. Conseqüentemente, tal postura permite eliminar barreiras externas, de cunho social e relacional, o que promove a integração das pessoas idosas. Como visto, para as pessoas idosas, da mesma forma que no caso das deficiências, deve-se observar as capacidades reais para que se possibilite a participação em igualdade de condições e de oportunidade. Isso porque o envelhecimento, assim como a deficiência, não é motivo para perda de direitos, o que levanta a importância do cuidado como pressuposto para o desenvolvimento e a manutenção das capacidades e da dignidade humana da pessoa idosa. Assunto que será abordado abaixo.

O CUIDADO COMO PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA IDOSA

O primeiro registro de cuidado com a pessoa idosa no Brasil data do século XX, na década de 1970. Trata-se do livro de Mario Filizzola (1972) sobre a velhice no Brasil, no qual narra o surgimento da instituição de asilamento de idosos no ano de 1790. A chamada *Casa dos Inválidos*, criada à exemplo do *Hôtel des Invalides*,¹¹ acolhia soldados portugueses que viviam no Brasil e se encontravam sem condições de trabalhar pela invalidez ou idade avançada. Não obstante a indicação desse livro de Mario Filizzola como marco histórico dos estudos sobre o cuidado com a velhice no Brasil, importa destacar que, aproximadamente 20 anos antes do livro de Filizzola, o

¹¹ *Hôtel des Invalides*, situado em Paris, foi construído em 1670 por ordem de Luís XIV para abrigar os inválidos de guerra.



Senado Federal já havia apreciado em 09 de março de 1954 o Projeto de Lei nº 8, de autoria do Senador Attilio Vivacqua, que deu origem, no mesmo ano, ao Serviço Nacional de Assistência à Velhice.

Como consequência da criação desse serviço, surgiu a Sociedade Brasileira de Geriatria, no ano de 1961, que passou a desenvolver estudos multidisciplinares sobre o envelhecimento e alcançou maturidade. Isto é, atingiu-se intensa e qualificada produção sobre os cuidados geriátricos na década de 1990 (KOPILER *et al.*, 2005). Logo após, no ano de 2003, foi promulgado o Estatuto do Idoso, sob Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que passou a tratar, no Brasil, o envelhecimento como direito personalíssimo (BRASIL, 2003).

Importa destacar que neste estudo o cuidado com a pessoa idosa não diz respeito, ou melhor não se restringe, aos cuidados fisiológicos com alimentação e higiene, ou mesmo paliativos, que comumente se imagina. Fala-se aqui de um cuidado no sentido da valorização da condição de cidadão, por meio da garantia da dignidade humana. Dessa forma, além observar o cuidado com a velhice delineado pelo Estatuto do idoso, observa outros marcos legais de política pública que incorporaram em suas previsões o cuidado a essa parcela da população.

Proposta pelo governo brasileiro, a política pública voltada para a pessoa idosa visa o cuidado investindo no fortalecimento de vínculos sociais e comunitários, para o enfrentamento das perdas, mudanças e solidão. O uso dos atendimentos em grupos, não obstante visem a proteção e o estímulo à manutenção de vínculos, pode incorrer na guetificação, na padronização de comportamentos, no sufocamento das singularidades, no favorecimento de estigmas e na modelação de subjetividades. A velhice é o período de vida em que recai o isolacionismo. De maneira muito mais intensa é vivido por pessoas idosas como uma solidão avassaladora pois estão afastados das formas produtivas de existência social (CORREA, 2009).

Mas no Brasil o cuidado com a velhice legalmente não se restringe aos aspectos vinculares. Também estão acontecendo no país modificações na seguridade social. A esse respeito vale destacar



que no Brasil, a aposentadoria é tomada como um direito universal, mas que o aumento do número de idosos é visto como um risco imposto a continuidade desse benefício. Talvez porque houve certa homogeneização da velhice como incapacidade laboral quando se institucionalizou a aposentadoria com critério na idade (DEBERT, 2004; CORREA, 2009). Ademais do aspecto previdenciário, a velhice também é tomada como peso no que tange a saúde e o cuidado. Premente para os brasileiros, essa situação lacunar em que a velhice se encontra foi abordada por Martha Nussbaum (2013) que reflete que os interesses das pessoas idosas, assim como os dos deficientes, não integraram os delineamentos dos princípios políticos estabelecidos. Só posteriormente foram considerados.

No que diz respeito ao cuidado com a questão previdenciária, não há biologicamente uma idade específica que as pessoas devam se retirar do mercado de trabalho e da vida social (DEBERT, 2007). Mas no Brasil há a previsão de aposentadoria compulsória aos 75 anos. De igual forma há na Finlândia a aposentadoria compulsória, entretanto, essa ocorre muito mais cedo no país nórdico, aos 65 anos. Nussbaum (2018) critica essa regra finlandesa e afirma que a jubilação a que estavam submetidos os finlandeses compreende uma discriminação pela idade porque tem como base estereótipos social. Entende que manter as pessoas produtivas apesar da idade é menos custoso ao Estado e, em termos de tratamento social, estende às pessoas idosas um respeito equitativo e a igualdade de proteção legal. Afirma, ainda, que pessoas aposentadas da Finlândia passaram a se envergonhar por estarem aposentadas quando tiveram contato com a experiência de outros países, como os EUA onde não há aposentadoria compulsória.

A respeito do sistema previdenciário, assim como a realidade brasileira, o governo francês precisou rever os modelos de gestão da seguridade social para a proteção de uma nova vulnerabilidade, a das pessoas muito idosas, que além da vulnerabilidade financeira acabam apresentando vulnerabilidades de ordem relacional, que frequentemente culmina com a solidão e o abandono afetivo. A França, portanto, precisou criar meios para implementar a proteção



financeira e relacional dessas pessoas, seja individual ou coletivamente. Com isso fez surgir o chamado direito gerontológico, considerado uma nova disciplina que vem auxiliar na busca pelo cuidado legal da pessoa idosa e das vulnerabilidades que a acompanham (FERRÉ-ANDRÉ, 2009; DABOVE, 2018). Tratamento esse que se mostra em consonância a ideia da dignidade da pessoa humana.

Ainda ilustrando a partir da experiência francesa. Não obstante a aparente falta de normatividade, o início do século XX marcou uma virada na forma de os franceses conceberem e tratarem legalmente as pessoas idosas. Primeiro, no tocante ao direito patrimonial, depois ao extrapatrimonial. Na França, a pessoa idosa permaneceu no centro do cuidado, onde a expressão da autonomia de sua vontade preserva, tanto quanto possível, um lugar importante para a manutenção da dignidade da pessoa que em sua autonomia da vontade manifesta sua dependência seja econômica ou jurídica (FERRÉ-ANDRÉ, 2009). No mesmo sentido, Dabove (2018, p. 54) considera que a autonomia da vontade compreende o campo da independência. Nele, cada pessoa “desdobra seus direitos e obrigações fundamentais, em áreas claramente marcadas pela subjetividade” – dentre elas pode-se destacar a identidade, a intimidade, a honra, a vida, o que demonstra que essa forma de tratamento, pautado na autonomia prioriza e valoriza a garantia da condição de sujeito de direito, mesmo quando a pessoa já se encontra idosa e vulnerável.

No ano de 1999, naquele país, percebeu-se a necessidade de criar um mandato de proteção futura para proteger as pessoas idosa bem como aquelas vulneráveis, pois assim se garantiria o respeito pelas liberdades e direitos fundamentais da pessoa. A ideia era a de organizar as disposições legais que pudessem ser adotadas por uma pessoa que, ainda dotada de suas plenas capacidades, pudesse preventivamente se proteger das consequências de incapacidades futuras. Dessa forma, a pessoa capaz e não sujeita à curatela, já em idade avançada, poderia estipular num mandato de proteção futura uma pessoa física ou jurídica que a representaria nas tomadas de decisão quando já não tiver mais condições de defender sozinha seus



interesses. No entanto, a França só aderiu ao “mandato de proteção futura” no ano de 2007.

Essa mesma forma de proteção foi instituída no Brasil no ano de 2015 quando, na Lei 13.146/2015, o artigo 116 passa a prever que a pessoa com deficiência - e por analogia, todas as pessoas em vulnerabilidade - pode escolher um ou mais apoiadores para auxiliar, informar e instruir nas tomadas de decisão sobre aspectos pessoais e patrimoniais. Muito diferente, portanto, do instituto da Curatela que, se restringe a área patrimonial e, associada ao instituto da interdição, torna incapaz o curatelado, limitando-lhe totalmente na capacidade de agir. A tomada de decisão apoiada configura-se como forma de cuidado, uma vez que resguarda tanto a liberdade como a dignidade da pessoa humana do apoiado. Ademais, o apoiador deve propiciar que o apoiado exerça sua autonomia, bem como deve favorecer para que as decisões correspondam à preferência do apoiado (DABOVE, 2018). Trata-se, na visão de Rosenvald (2015), de um instituto verdadeiramente protetivo, que abarca diversos aspectos da vida do beneficiário, pois só em alguns atos episódicos terá suas capacidades legitimamente limitadas.

A respeito da aplicabilidade dessa forma de cuidado, mostra-se interessante citar algumas diferenças sobre as práticas em alguns países, tal como aborda Ferré-André (2009): No Québec, província francesa do Canadá, a prática dessa forma de mandato já conta com mais de 20 anos, e o dispositivo *quebecois* torna-se válido a partir da declaração médica de incapacidade. Já na França e no Brasil o dispositivo só é válido se homologado pelo juiz mediante ação judicial. Já na prática francesa, ao ser comparada com as práticas do Québec e do Brasil, o mandato permite total liberdade e individualidade, podendo o beneficiário prever proteção patrimonial e pessoal, exceto no que há de mais íntimo. Na França, entende-se que manter a capacidade da pessoa é a melhor maneira de protegê-la da marginalização e da exclusão legal ou econômica. Para os franceses, há apenas algumas situações em que se impõe certo limite, como a saúde em que a autonomia da vontade consiste em mera



manifestação da vontade, pois cabe somente ao médico a escolha final sobre tratamento, investimento ou desinvestimento do doente. Para Ferré-André (2009), portanto, resta evidente que o direito francês tem a intenção de proteger a dignidade das pessoas vulneráveis ao lhes prolongar o mais possível a liberdade, ainda quando há degradação das funções.

O mesmo instituto de proteção à pessoa com deficiência hoje alcança a pessoa idosa. O que se revela um grande avanço em termos de cuidado e proteção uma vez que, muito tempo e na maioria das vezes, a pessoa idosa foi tratada de forma paternalista, reforçando, com isso, mesmo quando não era o caso, a ideia de que, devido à idade, a pessoa se apresentava-se senil (DA GAMA *et al.*, 2014). Esse era um fundamento pautado num critério puramente cronológico que, longe de configurar cuidado, fragilizava e desqualificava a pessoa idosa na medida em que a tratava como débil, disfuncional e, portanto, incapaz de decidir sobre a própria vida.

Tal mudança na legislação e, conseqüentemente no tratamento adequado dado jurídica e socialmente à pessoa idosa, tira a velhice do lugar de risco social e a alça para a esfera da vida digna, com reconhecimento de sua capacidade e seu valor enquanto pessoa humana. Sem paternalismo, mas, sim, dirigindo a pessoa idosa o cuidado adequado para a vida saudável, ativa em participação e de comunhão corresponsável no que diz respeito às decisões do próprio destino e existência. Essa atitude faz com que à pessoa idosa seja dispensado o cuidado necessário para o seu livre exercício da cidadania, reconhecendo nela a qualidade que lhe é inerente e distintiva, e que a torna merecedora da mesma deferência dirigida aos demais, tanto pelo Estado como pela sociedade (SARLET, 2015).

Esse reconhecimento da pessoa humana a partir de sua capacidade e seu valor decorrente de sua humanidade lembra os ensinamentos de Martha Nussbaum (2013), para quem o cuidado é um direito social primário e é estabelecido a partir da consideração de que o enfoque das capacidades consiste numa especificação de condições necessárias para que uma sociedade seja compreendida



como dignamente justa. Não corresponde, portanto, o enfoque das capacidades nem a uma teoria contratualista nem a uma doutrina moral. O Cuidado é visto como necessidade. Como uma característica da sociabilidade e da racionalidade as quais são temporais e por isso mesmo áreas de vulnerabilidade que implicam em necessidades. Dentro dessa visão, as pessoas são tratadas com respeito não porque produzem e podem estabelecer contratos - uma vez que esse não compreende o fim principal da sociedade, pois essa se forma a partir dos compromissos e afetos. As capacidades são maneiras efetivas de se viver dignamente.

No tocante especificamente ao cuidado, Nussbaum (2013) considera que ele deva ser dirigido às necessidades primárias dos cidadãos quando há assimetria e dependências. Ele não precisa ser inserido no rol das capacidades como uma capacidade única nem como uma capacidade extra. Antes abarca todo o campo das capacidades centrais. Deve, portanto, ser visto como uma relação entre o sujeito que cuida e aquele que é cuidado. Trata-se de uma boa assistência que provê mais do que condições de saúde e integridade, promove o autorrespeito, os laços de afeto, incentiva a associação e a manifestação de ideias e afasta medos e ansiedades.

Portanto, um bom cuidado para uma pessoa com algum tipo de impedimento - seja esse decorrente da idade ou de condição neurológica tal como no Alzheimer ou outras demências - consiste no trato singular dispensado a partir da necessidade. Assim, aos sujeitos com limitações ou impedimentos graves muitas vezes o que irá prevalecer é a análise da funcionalidade e não da capacidade. Especialmente quando essas pessoas não se apresentam em condições de escolher, consentir ou avaliar dada situação. Dessa feita, às necessidades da pessoa com limitação devem ser ajustados o rol de capacidades mínimos e a análise dos objetivos sociais. Sem se criar nova lista específica referente às limitações, posto que isso não traria dignidade e, sim, exclusão. O cuidado adequado que for dado possibilita que todos, pessoas ditas normais ou com limitações, consigam exercer as capacidades mínimas. O que deve ser singular é o cuidado, não a lista de capacidades (NUSSBAUM, 2013).



A respeito do cuidado destinado às pessoas idosas, Saul Levmore (2018) lembra que nem sempre esse se dá por razões afetivas ou de senso de dever. E que muitas vezes acaba sendo motivo de desentendimento e de perda de confiança entre familiares por diversas razões. Seja porque alguém fará um juízo subjetivo sobre o cuidado que o familiar cuidador oferta ao familiar idoso, seja pela questão de pagamentos, reembolsos, doações que envolvem a questão financeira da pessoa idosa e de seus familiares cuidadores. O dinheiro passa a estar em jogo e torna-se perigoso para a pessoa idosa e podem comprometer a qualidade do cuidado, tanto a entrega antecipada como postergada.

Outro aspecto relevante do cuidado com a velhice é a manutenção dos vínculos de amizade, pois trazem conforto, alento e ânimo. Propicia que se ampliem horizontes justamente pela falta de consenso. Possibilita, ainda, que se compreendam novas questões auxiliando no aprofundamento da compreensão do mundo (NUSSBAUM, 2018). Ademais, como sugere Saul Levmore (2018, p. 127), os amigos são importante fonte de conselhos, mas também “para compartilhar e desfrutar a aventura da vida.” No mesmo sentido é o entendimento de Berlinck (2000), para quem a velhice madura e saudável, e que, portanto, recebe o devido cuidado, é aquela em que se vive sem lamentações, desgostos e limitações desnecessárias. Vivida de forma mais natural possível, e como ato de subjetivação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao empreender a pesquisa sobre o cuidado à pessoa idosa, a partir do enfoque das capacidades proposto por Amartya Sen e Martha Nussbaum, bem como ao se observar a experiência brasileira em comparação com a de outros países, foi possível constatar que o desenvolvimento e a manutenção das capacidades e da autonomia da pessoa idosa, bem como o cuidado são necessários para a garantia da dignidade humana da pessoa idosa.



Por outro lado, a hipótese inicial de que o cuidado à pessoa idosa é pressuposto tanto para o desenvolvimento como para manutenção das capacidades e da autonomia das pessoas idosas, não ficou suficientemente demonstrada. Não obstante essa falha no estudo, foi possível perceber alguns indicativos de que o cuidado e a manutenção e desenvolvimento das capacidades se relacionam, ou se associam, e garantem a dignidade humana das pessoas idosas porque trazem para essa população o reconhecimento e o respeito pela condição de ser humano livre e autônomo.

Dentre os cuidados identificados garantidores da autonomia e das capacidades pode-se citar as mudanças previdenciárias ocorridas em outros países, e atualmente em modificação no Brasil. A alteração da imposição do limite do exercício laboral para a idade de 75 anos demonstra uma mudança na percepção da condição e das capacidades física, mental e relacional das pessoas idosas, que podem ser definidas como dotadas de plasticidade e de resiliência. Isto é, moldam-se, adaptam-se às situações de vida e às mudanças físicas, psíquicas e relacionais que ocorrem. Essa mudança sugere que na faixa dos 60 anos ainda se pode ser ativo, criativo e produtivo, o que revela um distanciamento da percepção que se tinha há quase 50 anos atrás, de que a pessoa idosa era decrépita, desvalida, rígida e incapaz de exercer o próprio cuidado. Percepção essa descrita minuciosamente por Simone De Beauvoir, em 1970.

Outra forma de cuidado que garante tratamento digno à velhice são as políticas públicas implementadas no país. Elas vêm trazer a essa parcela da população, proteção social e acesso à saúde, lazer, assistência, liberdade de locomoção, entre outros, tal como preconiza a Constituição Federal/88. Ainda que imperfeitas e que, portanto, careçam de revisão para a efetivação dos direitos fundamentais, essas políticas públicas vêm alterar a percepção e a relação das pessoas com a velhice. O que fica claro com o alargamento das ações, pois, além dos cuidados tão necessários com a saúde da pessoa idosa, buscam o fortalecimento de vínculos familiares, sociais e comunitários. Mesmo na situação de pessoas



idosas que apresentam dependência de seus familiares e do Estado, as políticas públicas atualmente vigentes no país focam no cuidado singular e humanizado.

Atualmente as pessoas idosas também recebem cuidados legais e jurídicos de maneira a garantir que nesse momento de vida, ainda sejam respeitadas pela sua condição de seres humanos. Nesse aspecto, destaca-se o instituto da tomada de decisão apoiada estabelecido a partir da Lei nº 13.146/2015 que, sem ficar adstrito ao aspecto patrimonial, igualmente vem preservar a dignidade humana da pessoa idosa ao manter às pessoas vulneráveis a autonomia da vontade e a capacidade de escolha e decisão sobre atos da própria vida. Em consonância, Dabove (2018) pontua que há autonomia e que esta é o campo da liberdade que permita a uma pessoa coexistir com o outro em igualdade de condições.

Com o estudo foi possível perceber que a autonomia da vontade e a liberdade garantem a dignidade da pessoa humana a essa faixa da população brasileira que por muito tempo esteve desassistida. É fato, que o aumento do número de pessoas idosas pode comprometer os sistemas de saúde e previdenciário. No entanto, não é somente por essa razão que no exercício do cuidado hoje se busca evitar o tratamento paternalista. Essa postura não encontra mais lugar na relação com as pessoas idosas porque diante de tantas mudanças tecnológicas e culturais elas acabam por se subjetivar de forma diferente.

Não mais configurada como tempo de invalidez e de dependência, a velhice – e a finitude que virá depois dela, não se sabe quando – não pode ser impeditivo de que as pessoas idosas usufruam de suas vidas de forma digna e exercendo suas autonomias e liberdades (DABOVE, 2018). Esse exercício, inclusive, não pode ser retirado das pessoas idosas que, por razões temporárias ou permanentes, se encontrem com alguma limitação física ou mental. A elas deve ser garantido, a partir de suas condições e capacidades, o direito de exercerem a autonomia da vontade e as liberdades individuais.

Isso porque, como já abordado acima, ao ser assegurada a capacidade por meio da manutenção da autonomia da vontade



e da liberdade evita-se a exclusão e a marginalização, seja jurídica ou econômica, mesmo que para essa garantia e cuidado deva-se lançar mão de alguma restrita limitação. Entretanto, para que essa limitação não fira a autonomia da pessoa idosa, é possível valer-se do enfoque das capacidades proposto por Nussbaum (2013) que ao cuidar para que se garanta o exercício das capacidades mínimas, e das liberdades inegociáveis, abordam-se os direitos humanos de forma aberta, eminentemente pluralista - posto que o foco está na capacidade e não na funcionalidade.

Por fim, considera-se que, afastada do critério cronológico em sua definição, a velhice ultrapassa a noção de fase final do desenvolvimento humano. Passa a ser vista como uma etapa de vida que antecede a finitude humana. Momento a ser igualmente cuidado e investido, pois não cabe mais o foco no declínio e nas perdas de funções, de relações e de capacidades. Atualmente, as diversas áreas do saber convergem para essa nova concepção de velhice e de cuidado. Não se trata, no entanto, de uma velhice maníaca e de um cuidado infantilizador – consequentemente incapacitador –, mas um envelhecer com sentido, como bem sugerem Nussbaum e Levmore.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone De. *A Velhice: idade incômoda*. São Paulo: Difel Editora, 1970.

BERLINCK, Manoel Tosta. *Psicopatologia Fundamental*. São Paulo: Escuta, 2000.

PARADELLA, Rodrigo. Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017. *Agência IBGE notícias*, 01 out. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>. Acesso em: 10 jun 2018.



BRASIL. Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2 out 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Dispõe sobre o Estatuto da pessoa com deficiência. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 7 jul 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 11 jun. 2018.

BUTLER, Robert Neil. Age-ism: Another form of bigotry. *The Gerontologist*, v. 9, p. 243-246, 1969. Disponível em: https://academic.oup.com/gerontologist/article-abstract/9/4_Part_1/243/569551?redirected-From=fulltext. Acesso em: 9 jun 2018.

CORREA, Mariele Rodrigues. *Cartografias do envelhecimento na contemporaneidade: velhice e terceira idade*. São Paulo: Cultura acadêmica, 2009.

DABOVE, María Isolina. *Autonomía y vulnerabilidad en la vejez: respuestas judiciales emblemáticas*. *Revista de Derecho Privado*, n. 34, p. 53-85, enero/junio 2018. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/revd_priv34&div=5&start_page=53&collection=journals&set_as_cursor=4&men_tab=srchresults. Acesso em: 12 jun 2018.

DEBERT, Guita Grin. A invenção da terceira idade e a rearticulação de formas de consumo e demandas políticas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, n. 34, 1997. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_03.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

DEBERT, Guita Grin. A antropologia e o estudos dos grupos e das categorias de idade. In: LINS DE BARROS, Myriam Moraes. *Velhice ou Terceira Idade? Estudos antropológicos sobre identidade, memória e política*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 49-67.



DEBERT, Guita Grin. *A reinvenção da velhice: socialização e processos de reprivatização do envelhecimento*. 1. ed. 1. reimp. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo Fapesp, 2004.

DEBERT, Guita Grin. A dissolução da vida adulta e a juventude como valor. *Horiz. antropol.*, Porto Alegre, v. 16, n. 34, p. 49-70, dez. 2010. DOI 10.1590/S0104-71832010000200003.

FERRÉ-ANDRÉ, Sylvie. Le Mandat de Protection Future Français dans le Contexte d'Emergence d'un Droit Gerontologique ou Comment la France Apprehende les Soins de Vieillesse, *Rev. Notariat*, v. 111, n. 2, p. 299-314, Sept. 2009. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/revnt111&i=303>. Acesso em: 3 ago 2018.

KOPIER, Daniel *et al.* Atividade física no idoso: Reabilitação cardíaca. In: LIBERMAN, Alberto *et al.* *Diagnóstico e tratamento em cardiologia geriátrica*. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 361-368.

MICHAELIS. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php>. Acesso em: 11 jun. 2018.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; COIMBRA JUNIOR, Carlos E. A. (org.). Introdução: Entre a liberdade e a dependência: reflexões sobre o fenômeno social do envelhecimento. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza; COIMBRA JUNIOR, Carlos E. A. *Antropologia, saúde e envelhecimento*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002. p. 11-24. (Antropologia & Saúde collection). Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em: 4 ago. 2018.

NERI, Anita Liberalesso. O legado de Paul B. Baltes à Psicologia do Desenvolvimento e do Envelhecimento. *Temas psicol.*, Ribeirão Preto, v. 14, n. 1, p. 17-34, jun. 2006. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2006000100005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 3 ago. 2018.



NERI, Anita Liberalesso. Atitudes e crenças sobre a velhice: análise de conteúdo de textos do jornal O Estado de São Paulo publicados entre 1995 a 2000. In: VON SIMSON, Olga Rodrigues de Moraes; NERI, Anita Liberalesso; CACHIONI, Meire (org.). *As múltiplas faces da velhice no Brasil*. 3. ed. rev. Campinas, SP: Alínea Editora, 2015.

NUSSBAUM, Martha Craven. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NUSSBAUM, Martha Craven. *Crear Capacidades: propuesta para el desarrollo humano*. Barcelona: Paidós, 2012.

NUSSBAUM, Martha Craven; LEVMORE, Saul. *Envejecer con sentido: conversaciones sobre el amor, las arrugas y otros pesares*. Barcelona: Paidós, 2018.

REYES-TORRES, Amaury A. Protección de las Personas con Discapacidad en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos Desde el Enfoque de las Capacidades: De la Igualdad de Trato a la Igualdad de Oportunidades, La. *American University International Law Review*, v. 30, n. 2, p. 249-284, 2015. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/amuilr30&i=277>. Acesso em: 5 ago. 2018.

ROSENVALD, Nelson. *A tomada de decisão apoiada –Primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência*. 2015. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/d27320_ad4936f4ed4e41088be63d7bf571cf61.pdf. Acesso em: 2 jun. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SEN, Amartya Kumar. O desenvolvimento como expansão de capacidades. *Lua Nova*, São Paulo, n. 28-29, p. 313-334, abr. 1993. DOI 10.1590/S0102-64451993000100016.

SEN, Amartya Kumar. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.



ESTADO CONTEMPORÂNEO: PROTÓTIPO PERFEITO DE SISTEMA ESTATAL?

Adriana Martins Ferreira Festugatto¹
Vinicius Almada Mozetic²

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo analisar se o Bem-Estar Social equivale à garantia de direitos sociais de cidadania, na noção de igualdade entre os cidadãos. O Bem-Estar Social como garantia de direitos sociais politicamente reivindicados e as transformações ocorridas no Estado Contemporâneo para a consolidação da democracia e dos direitos fundamentais. Primeiramente será efetuada uma afirmativa histórica acerca da transmutação de Estado de Direito Liberal para Estado Social, de maneira a transcender sobre suas contribuições e melhorias históricas, por corolário será abordado o momento histórico da revolução Keynesiana, aqui definida como a civilização das desigualdades, momento o qual, a Economia política, definida como 'ciência da burguesia', que evidenciava que ao lado do aumento da produtividade e da produção de bens, crescia a miséria, como que legitimando tal disparidade no núcleo social, sendo considerada como inevitável e inerente ao Estado como as coisas se desenvolviam. Por derradeiro será analisada a questão da estrutura da Europa neoliberal, de maneira a constatar que tal modelo era um protótipo do Estado ideal, sendo defendido pela maioria doutrinária,

¹ Especialista em Direito pela Faculdade Exponencial; mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Servidora do quadro do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina; drika_ferreira1@hotmail.com

² Pós-Doutor e Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor e membro do grupo de pesquisa do Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó (Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais); vinicius.mozetic@unoesc.edu.br



onde questões sociais como a segurança, saúde, educação são elencadas como temáticas importantes e de necessidades prementes, assim, como um ato de 'contra reforma', a sociedade se manifestou contra a ação estatal de domínio econômico, anulando então, a capacidade decisória para a concretização de direitos fundamentais, questões as quais serão desenvolvidas no desenrolar do presente artigo.

UM CAMINHO AO ESTADO SOCIAL

Em comparação com as outras revoluções burguesas do século XVIII e XIX, a Revolução Francesa, que é, a todos os títulos, a “*revolução burguesa exemplar*”, levada a efeito sob a liderança da burguesia revolucionária (a única classe que então estava em condições de dirigir a luta contra a ordem feudal), aboliu os privilégios das antigas classes feudais, ocupando o poder e realizando, através do controle do poder de estado, as mudanças institucionais necessárias para assegurar as condições favoráveis ao livre desenvolvimento do capitalismo; ela representa a via realmente revolucionária, centrada num terreno absolutamente político, de luta pela tomada do poder, luta que se arrastou até a derrota de um dos contendores (as classes feudais) e à vitória do outro (a burguesia), que destruiu a base econômica do poder dos senhores feudais e liquidou fisicamente uma boa parte dos membros da velha classe dominante (NUNES, 2011, p. 1). Os filósofos do século XVIII teceram os fundamentos teóricos das “suas” revoluções burguesas, e, em particular, “*desta revolução*”; mas a caracterização do novo Estado burguês emergente como *Estado de classe*, sem qualquer disfarce, pelos fisiocratas e, inclusive, por Adam Smith (NUNES, 2011, p. 1). Considera Sen (2010, p. 50-67) que:

[...] the particular contribution of Adam Smith that is most clearly celebrated today—and has certainly not been neglected—is the way he helped to



reshape the subject of economics. Smith is standardly accepted as "the father of modern economics", and it is widely acknowledged that he has contributed more than almost anyone else to the emergence of the scientific discipline of economics. I am, of course, aware that to talk about the "scientific discipline" of economics might seem to be a little out of place at this time, given the way the profession is faring right now. Science, in fact, is not quite the first word that comes to our mind given the way economists have bungled in anticipating the gigantic crisis in which we are caught today, and in identifying how we can rapidly rescue the badly botched economic world.

O domínio do proprietário sobre os seus bens era considerado "absoluto e sem limites", a esta luz, a propriedade já não é a propriedade imperfeita da ordem feudal, mas a plena propriedade, ou seja, perfeita, absoluta e sem limites da ordem burguesa emergente. Disso:

[...] o recurso ao direito natural (direito divino, produto da criação divina) em apoio da 'nova ordem burguesa' em gestação surge, a todas as luzes, como o modo mais expedito e mais eficiente de dar força a um estado e a um direito defensores dos valores burgueses, numa sociedade e num tempo em que a burguesia ainda não dominava completamente o aparelho de estado, o estado que faz as leis, o estado legislador, o estado que cria o direito (o direito positivado nas leis aprovadas pelos parlamentos dominados pela burguesia revolucionária triunfante), como viria a ser o estado burguês. (NUNES, 2011, p. 5).

Por esta razão, no que toca às relações entre o Estado e a economia, é que os fisiocratas confiam ao Estado o encargo de alicerçar as infraestruturas indispensáveis ao bom funcionamento da economia, como a construção e manutenção das grandes vias de circulação, a uniformização do sistema de pesos e medidas, a organização de um aparelho judiciário que assegure o reconhecimento dos contratos, etc. É importante que se diga que Adam Smith tem bem presente o



caráter conflitante da sociedade em que se insere e revela mesmo a percepção de que o conflito essencial presente nesta sociedade é o que opõe os trabalhadores assalariados e os proprietários do capital, classes “cujos interesses não são de modo algum idênticos”. Vale lembrar sobre a concepção filosófica de garantias humanas centrais de Nussbaum (2013) que se aproxima da teorização econômica formulada por Amartya Sen. Nas palavras da autora:

[...] a melhor abordagem dessa ideia de um mínimo social básico é fornecida por uma explicação que se concentre nas capacidades humanas, isto é, no que as pessoas são de fato capazes de fazer e ser, instruídas, de certa forma, pela ideia intuitiva de uma vida apropriada à dignidade do ser humano. Identifico uma lista de capacidades humanas centrais e argumento que todas elas estão implícitas na ideia de uma vida apropriada à dignidade humana. (NUSSBAUM, 2013, p. 84).

E, neste antagonismo de interesses inerente às sociedades capitalistas (sociedades em que “o trabalhador é uma pessoa e o proprietário do capital, que o emprega, é outra”) funda-se, segundo o filósofo, nos diferentes poderes de que dispõem, nestas sociedades, os patrões (por serem “proprietários do capital”) e os operários:

[...] a vida econômica, assim entendida, passa ser o fundamento da sociedade civil, o princípio da própria existência do estado, cujas funções devem restringir-se ao mínimo compatível com a sua capacidade para garantir a cada um e a todos, em condições de plena liberdade, o direito de lutar pelos seus interesses como melhor entender. (NUNES, 2011, p. 8).

Com base nesta análise, ganha todo o sentido a concepção smithiana do Estado enquanto instrumento de defesa dos proprietários



contra aqueles que não dispõem da propriedade do capital. Na esteira de Locke³ *Civil Government*, § 94:

[...] “o governo não tem qualquer outro objetivo que não seja a preservação da propriedade”, Smith defende que “o governo civil, na medida em que é instituído com vista à segurança da propriedade, é, na realidade, instituído com vista à defesa dos ricos em prejuízo dos pobres, ou daqueles que possuem alguma propriedade em detrimento daqueles que nada possuem. (NUNES, 2011, p. 15).

As ‘leis naturais’⁴ da economia, o livre jogo das forças do mercado encarregar-se-iam de fazer convergir espontaneamente e automaticamente à atuação de todos na realização da racionalidade econômica, da eficiência e do equilíbrio econômico. Qualquer intervenção estranha só poderia ser fonte de perturbação e de desperdício. SEN defende a ideia de que: *Smith was concerned not only with the sufficiency of self-interest at the moment of exchange but also with the wider moral motivations and institutions required to support economic activity in general* (SEN, 2010, p. 50-67). Sabe-se hoje que não é ‘neutro’ o sistema proporcional adaptado como critério de tributação e sabe-se que à burguesia aproveitava a ‘igualdade’ tributária através dele realizada. E, é claro também que o papel relativamente ‘passivo’ atribuído ao Estado liberal não o impediu de desempenhar a sua função de estado capitalista (NUNES, 2011, p. 16). A vida mostraria não ser confirmada pela realidade a velha tese liberal de que a economia e a sociedade, se deixadas a si próprias,

³ Locke via “todos os príncipes e soberanos de governos independentes em todo o mundo” encontrarem-se no “estado de natureza” (Segundo tratado sobre o governo civil, § 14), o que sugeria sua superação através de um estado jurídico. No entanto, um estado jurídico não pode ser provocado através de violentas guerras ofensivas, pois, para Locke, a conquista não tinha como consequência um direito legítimo ao domínio. Hoffe, Otfried. *A democracia no mundo de hoje* (HOFFE, 2005, p. 11).

⁴ *Both these features relate to the “contractarian” mode of thinking that Hobbes in particular had initiated, and which was further pursued by Locke, Rousseau, and Kant. The hypothetical “social contract” that is assumed to be chosen is concerned with an ideal set of institutions as an alternative to the chaos that would otherwise characterize a society*. (SEN, 2010, p. 50-67).



confiadas à mão invisível ou às leis naturais do mercado, proporcionam a todos os indivíduos, em condições de liberdade⁵ igual para todos (a igualdade perante a lei); as melhores condições de vida, para além do justo e do injusto (NUNES, 2011, p. 29). Para Kerstenetzky (2012, p. 105-113):

[...] liberal é aquele no qual predominam mecanismos de mercado e assistência aos comprovadamente pobres, com reduzidas transferências universais e com planos de previdência social modesto. O Estado encoraja o mercado subsidiando esquemas privados de previdência. Nesse sistema há uma minimização dos efeitos da desmercantilização e a construção de uma estrutura de estratificação que é a combinação de uma igualdade relativa dos pobres beneficiados pelas ações mínimas do Estado, com uma gama de serviços diferenciados prestados pelo mercado.

Com propriedade, Streck e Bolzan destacam que definir o *liberalismo* consiste em uma tarefa complexa, posto que, a história liberal passara por diversas transformações devido à incorporação das diferentes situações, fato este que faz com os próprios definam liberalismo no plural, pois que em uma mesma palavra apresentam-se diferentes roupagens. No entanto, é indiscutível entre os doutrinadores que tal expressão incumbe a ideia de limites. É frente a esta situação que Bobbio destaca que o mesmo designa a limitação estatal em respeito a seus poderes e suas funções. Por decorrência, Roy Macridis salienta que: “[...] o liberalismo é uma ética individualista pura e simples que se expressa, num primeiro momento, em termos de direitos naturais e, posteriormente, numa psicologia que considera os

⁵ 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).



interesses materiais e sua satisfação como importantes na motivação do indivíduo. " (STRECK; MORAIS, 2010, p. 56-57).

Já para Merquior, o liberalismo (a coisa senão nome) surgiu na Inglaterra na luta política que culminou na Revolução Gloriosa de 1688 contra Jaime II. Os objetivos dos vencedores da Revolução Gloriosa eram a tolerância religiosa e o governo constitucional, procurando instituir tanto uma limitação da autoridade quanto uma divisão da autoridade (STRECK; MORAIS, 2010, p. 56-57).

Ora, *el modelo de Estado liberal parte de la premisa que el individuo se orienta racionalmente hacia la consecución de sus intereses básicos, definidos en la forma de derechos naturales: a la vida, a la libertad y a la propiedad.* En "El Leviatán", escrito en 1651, Hobbes asienta las bases del liberalismo político clásico. En este texto fundacional describe a los humanos como seres en un estado natural de igualdad, pero de espíritu egoísta, hedonista y en permanente búsqueda de una posición privilegiada desde la que se puedan asegurar sus objetivos. Los conflictos de interés y las luchas por el poder definen la condición humana como una condición de guerra de todos contra todos, expresada en la célebre frase "el Hombre es el lobo del Hombre" ("Homo homini lupus"). Sin embargo, el autor deseaba mostrar que la preocupación por el propio interés individual no debería necesariamente llevar a conflictos interminables o a la "guerra de todos contra todos". Para establecer la forma más apropiada de pacto social, Hobbes plantea que los individuos deben renunciar a sus derechos naturales, transfiriéndolos a una autoridad poderosa que pueda forzarles a mantener sus contratos y convenios. Es entonces cuando se forman efectiva y legítimamente la esfera pública y privada, o sea el Estado y la sociedad (HOBBS, 1980, p. 51 apud OLMOS; SILVA, 2011).



GENERALIZAÇÃO E APROFUNDAMENTO DE CONFLITOS

Avançamos; a generalização e o aprofundamento dos conflitos sociais nos países capitalistas e a emergência de experiências socialistas vieram perturbar o equilíbrio da ordem econômica⁶ do liberalismo,⁷ a ordem da liberdade individual e da propriedade privada (configurada na mão invisível de Adam Smith e no seu conceito de *Civil Government*) e conduziram a um novo papel do estado e do direito, muitas vezes por pura cadência tática e oportunista (NUNES, 2011, p. 30). Para Smith:

In a state "antecedent to the institution of civil government," [...] no impartial spectator would approve of one person's using force to make another act beneficently. But once civil government has been established, people may legitimately be forced to carry out at least the greatest and most obvious duties of beneficence. (FLEISCHACKER, 2013).

O período imediatamente posterior a 1ª Guerra Mundial, marcado por uma profunda crise econômica, por violentos conflitos de classe, pela subversão do Estado de Direito liberal e dos princípios da Democracia (NUNES, 2011, p. 31). Assim com a ideologia social pretendeu-se corrigir o individualismo liberal através das garantias

⁶ No Brasil, por exemplo, é inquestionável que a Constituição Federal de 1988 seja uma Constituição dirigente, e pelo conjunto de diretrizes, programas e fins que enuncia, a ser realizado pelo Estado e pela sociedade, confere-lhe o caráter de plano global normativo, do Estado e da sociedade. Para Grau, o seu artigo 170 prospera como evidência no sentido de implantar uma nova ordem econômica (GRAU, 2002, p. 215).

⁷ Portanto, justamente no ponto mais alto e logicamente premente da crítica pós-weberiana ao liberalismo oculta-se um sutil contrapasso. Este assume a forma de um paradoxal anacronismo que se manifesta na incapacidade de levar até o fim as consequências do reconhecimento de que a dimensão estatal já perdeu irrevogavelmente a própria "aura" e é em si mesma expressão - juntamente com o processo de desformalização desencadeado pela imperiosa necessidade de introjetar na estrutura material da *Verfassung* as novas dimensões 'do conflito e da representação "corporativista" dos interesses - daquela crise da "síntese" que assinala o ponto de partida da grande cultura europeia deste século (MARRAMAO, 1995).



coletivas, “corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social,⁸ [...] *A origem do estado do bem estar, surgiu de uma intervenção pública voltada para o bem estar. Na prática, na grande maioria dos hoje países capitalistas desenvolvidos, o ativismo público visava o alívio das situações de destituição* (KERSTENETZKY, 2013, p. 7-10). Na Inglaterra surgiu o modelo de intervenção, de manifestos por meio de repressão do trabalho dos fisicamente capacitados e os não capacitados eram chamados de “pobres meritórios”. Tinham por objetivo somar as causas da própria pobreza, aprofundando os mesmos a dependência de assistência. Sendo as noções de proteção e promoção dos bem-estar dos pobres distintos de um estado do bem-estar, o qual foi fundado com outras percepções e crenças sobre a causa da pobreza. Muitas dessas crenças vieram a público a partir da publicação do “Relatório da Minoria sobre as Leis dos Pobres” que foi criado com a incumbência de avaliar as razões do fracasso dessas leis e sugerir reformas, que foi publicado por William Beveridge.⁹

[...] esvai-se a noção de legalidade própria do ideário liberal, pois a lei passa a ser utilizada não mais, apenas, como ordem geral e abstrata, mas, cada vez mais, apresenta-se específica e com destinação concreta – a generalidade da lei era considerada fulcro do Estado de Direito – mas, sim como instrumento de ação, muitas vezes, com caráter específico e concreto, atendendo critérios circunstanciais. (STRECK; MORAIS, 2010).

⁸ Fórmula geradora do *welfare state* neocapitalista no “Pós-Segunda Guerra Mundial.” Por intermédio do Estado Social do Direito, objetiva-se um modelo onde o desenvolvimento social e o bem-estar dirigem as ações do ente público, onde a lei não pode colidir com as premissas sociais expressas pelo constituinte (STRECK; MORAIS, 2010).

⁹ [...] Marshall advogava mais radicalmente a garantia pura e simples de direitos “sociais”. Esses novos direitos reconheciam como legítima a participação de todos os cidadãos na riqueza social. [...] segundo Judt (2012), motivos prudenciais teriam prevalecido no caso alemão, em que a atração crescente dos trabalhadores pelo partido socialista preocupava, em contraste com a influência explícita de concepções morais na busca por uma solução para a questão social na Inglaterra (KERSTENETZKY, 2013, p. 7-10).



Há no conceito de Estado Social - uma enorme ambiguidade, obtendo consagração em constituições tão diferentes como a Constituição de Weimar, a Lei Fundamental de Bona e a Constituição da V República Francesa e cobrindo realidades tão diferentes como o Estado fascista e Estado-providência (NUNES, 2011, p. 33). A partir dos séculos XIX e XX surge uma intervenção na Alemanha, sendo que a Inglaterra trabalhista passava por uma defasagem do pós Segunda Guerra. Através da liderança de Otto Von Bismarck, iniciou-se unificação e construção do Estado Nacional, revisando leis dos pobres e da reconstrução do pós-guerra. Buscando com isso, proteção do estado e dos trabalhadores assalariados, com a intenção de melhorar a participação na economia de mercado (KERSTENETZKY, 2013, p. 5-6). Para Kerstenetzky (2013, p. 5-6):

[...] O modelo alemão se enraíza no contrato de trabalho. Ele inaugura o seguro nacional compulsório, organizados por categorias profissionais, contra o risco de perda da capacidade de gerar renda por acidente, doença, invalidez ou idade. Sendo que o modelo inglês se funda no status da cidadania, com u padrão mínimo de vida para todos, financiados com recursos tributários. E outra novidade do modelo inglês foi introduzir um seguro de grupo, com um elemento de redistribuição em seu interior.

Com a finalidade a materialização do bem-estar de todos os cidadãos,¹⁰ o Estado de bem-estar Social possui para Bobbio, Matucci e Pasquino (2002, p. 38 apud OLMOS; SILVA, 2011) o meio da

¹⁰ *El cientista político Norberto Bobbio explica la aparición de actividades características del Estado de Bienestar en los diferentes países como un elemento clave de corrección del mercado autorregulado y de la mercantilización de la relación salarial: Ahora, el mercado autorregulado y el principio de igualdad tienen exigencias incompatibles entre sí, puesto que el primero exige la no intervención del Estado y el segundo, por el contrario, postula que el Estado debe asumir la carga de eliminar todos los obstáculos que objetivamente impiden a los ciudadanos menos pudientes gozar de los derechos políticos y sociales formalmente reconocidos. La sociedad trata de defenderse del mercado autorregulado, que produce miseria, desigualdad, desocupación y alienación y, a través de la acción del Estado, trata de poner límites precisos al imperialismo de la lógica capitalista.* (BOBBIO; MATUCCI; PASQUINO, 2002 apud OLMOS; SILVA, 2011).



aplicabilidade de políticas públicas estatais, assegurando as pessoas seus direitos como pessoa humana, tais como saúde, emprego, alimentação, habitação, etc, não no sentido de caridade, mas sim como direito e dever do Estado, tal ideia visualiza o ser humano não mais como indivíduo, mas em sua concepção social (MORAIS, 1997, p. 30) e propunha-se realizar os seus objetivos no respeito pelas regras da democracia política e pelos princípios democráticos; mas, em determinadas condições históricas, esta nova forma do *Estado Capitalista* revelou-se insuficiente para resolver os graves problemas levantados pela crise econômica, social e política que marcou o período particularmente complexo e contraditório entre as duas guerras mundiais do século XX e que ameaçou seriamente a ordem capitalista (NUNES, 2011, p. 53). Na visão de Chevallier (2009, p. 29):

[...] assiste-se a um movimento contínuo de expansão pelo qual o Estado veio a estabelecer uma rede cada vez mais fechada de coerções e controles sobre a sociedade; enquanto no modelo liberal clássico ele era entendido como ocupando um espaço social limitado, assistiu-se, a partir da Primeira Guerra Mundial, a uma ampliação contínua de sua esfera de intervenção, que se dilatou até recobrir completamente a sociedade.

Após os trinta anos da pós Segunda Guerra, praticamente todos os países incorporaram “Estados do Bem-Estar Social” (KERSTENETZKY, 2013, p. 5-6). Entretanto, essa concepção do Estado erigido a tutor da sociedade entrou em crise ao final do século XX.¹¹

¹¹ O movimento aparentemente irresistível e irreversível de expansão estatal foi superado no último quarto do século XX, pela influência de duas dinâmicas, uma interna, outra externa, que se conjugaram: de um lado, influências diversas vão pesar no sentido de uma reavaliação da relação Estado/sociedade; de outro, a internacionalização vai tomar novas formas ao longo dos anos 1990, contribuindo para minar certas posições conquistadas pelo Estado. Há uma *reavaliação do lugar do Estado*; essa reavaliação se inicia em meados dos anos 1970 sob a pressão de um conjunto de fatores. *Fatores ideológicos*: uma crítica do movimento de expansão estatal se desenvolve por meio da tripla denúncia do Estado totalitário, das disfunções do Estado-Providência e do desvio estatal nos países em desenvolvimento. *Fatores econômicos*: a crise que atinge o conjunto das economias, a partir de dois choques petrolíferos, revela de maneira tangível a redução de capacidade de ação do Es-



Segundo PIERSON (1998 apud KERSTENETZKY, 2013, p. 105-113) é possível atribuir significados à noção de crise: situação de perturbação causada por um choque externo, manifestação de uma contradição de longo prazo momento dramático que precede a superação de uma situação ou qualquer problema em larga escala e duradouro. A crise de financiamento, como situação que tem que ser descontinuada – não ocorreu: o gasto social seguiu trajetória ascendente a despeito da crise econômica. Para Kerstenetzky (2013):

[...] O “problema” se resumiria ao custo crescente de um estado de bem estar. A percepção do welfare state como, nesse sentido, um problema emerge com o fim da “sociedade do crescimento”, o contrato social lastreado no crescimento econômico que caracterizou o pós-guerra e sustentou o consenso político dos “anos dourados” do estado de bem estar.

E, no entendimento de Barr (2001 apud KERSTENETZKY, 2013, p. 105-113), mesmo que as sociedades contemporâneas fossem “sociedades de classe média”, isto é, “igualitárias”, o Estado de Bem-Estar seguiria sendo necessário. A razão é simples - a existência de riscos e incerteza nas economias de mercado contemporâneas, diz ele, ecoando os argumentos de Titmuss (1974). É importante salientar que as diferentes teorias sobre o *Contrato Social* diferem nos seus objetivos; *in the traditional contract theories of Hobbes and Locke the contract was about the terms of political association. In particular, the problem was the grounds and limits of citizen's obligation to obey the*

tado, consecutiva ao processo de internacionalização. *Fatores políticos*: assiste-se ao retomo com toda a força do liberalismo e à decadência dos regimes de partido único. Primeiro, a crise do Estado-Providência se desenvolveu em dois tempos. Inicialmente, uma crise das representações. Em seguida, uma crise das políticas. Segundo o Estado totalitário, que pretendia cobrir a integralidade do campo social e exercer um controle integral sobre os indivíduos, desmoronou, na URSS e nos países da Europa Oriental e terceiro nos países em desenvolvimento também se assistiu, ao longo dos anos 1980, à eliminação da hegemonia exercida pelo Estado sobre a economia e a sociedade (CHEVALLIER, 2009, p. 30).



state. In his early formulation (D'AGOSTINO; GAUS; THRASHER, 2014). Para Rawls (1996, p. 258):

The basic structure is understood as the way in which the major social institutions fit together into one system, and how they assign fundamental rights and duties and shape the division of advantages that arises through social cooperation. Thus the political constitution, the legally enforced forms of property, and the organization of the economy, and the nature of the family, all belong to the basic structure.

Em suma, a compreensão do *Welfare State* como mero custo se abstrairia da noção de que ele também representa um benefício e que a “racionalidade social” requereria, mesmo na argumentação econômica convencional, não que fosse minimizado, mas “otimizado”, que seu tamanho e sua composição fossem avaliados levando-se em consideração custos e benefícios, de modo a refletir a escolha social entre objetivos como “segurança” e “crescimento”. Segundo Piven (1993 apud WHITE, 2008):

[...] one rationale for having a welfare state to enact a social minimum is that, by providing access to urgently needed goods independently of the sale of labor-power, it can reduce the pressure on disadvantaged workers to scramble into poor quality (exploitative or abusive) jobs. There is a danger that work-conditionality rules could undermine this desirable effect. If, to take the most extreme case, the government tells an unemployed person that she must look for a job and take any job offered by an employer on whatever terms this employer states, or else lose all welfare benefits, then this person will be under severe pressure to find and take a job.

Esse conjunto de funções parece, ainda, mais premente nos novos tempos de empregos instáveis, desemprego duradouro e aumento das desigualdades econômicas e sociais. Para Serpa (2018):



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.

Os anos 1990 testemunharam uma retomada da tese da crise, no sentido de apoiar os fatos recentes da *globalização* e das *mudanças* demográficas. Enquanto a longevidade aumenta a razão de dependência, esta é magnificada pela redução das taxas de fecundidade: um número crescente de dependentes inativos passa a ser sustentado por um número decrescente de pessoas ativas. Por isso, a “tese da globalização”¹² é controversa, não tendo sido corroborada pela evidência. Paul Pierson (1996 apud KERSTENETZKY, 2013, p. 105-113) sustenta que a política do *Welfare State* mudou: não é mais a política

¹² A palavra «globalização» pode até nem ser muito elegante ou atractiva. [...] Na França, a palavra é *mondialisation*. Na Espanha e na América Latina, *globalización*. Na Alemanha dizem *globalisierung*. [...] A globalização tem algo a ver com a tese de que agora vivemos todos num único mundo. [...] Há quem renegue totalmente o conceito. A estes, darei o nome de cépticos. De acordo com os cépticos, toda esta conversa acerca da globalização não passa disso mesmo, de conversa. Quaisquer que sejam os seus benefícios, preocupações ou dificuldades, a economia global não é assim tão diferente da que existia em períodos antecedentes. [...] Há outras pessoas que adoptam posições muito diferentes. Vou chamar-lhes radicais. Para os radicais a globalização é um facto bem concreto, cujos efeitos se fazem sentir por toda a parte. [...] As nações perderam uma boa parte da soberania que detinham e os políticos perderam muita da sua capacidade de influenciar os acontecimentos [...] (GIDDENS, 2001, p. 19-20).



dos sindicatos e partidos sócias de democracia do pós-guerra, mas a política de sua clientela e de seus empregados. No Brasil, o Estado de Bem-Estar que se formou ao longo dos anos, buscando relacionar sua estrutura mais ampla à classificação de regimes dos modernos Welfare States tratados por Esping-Andersen (1990). No entendimento de Kerstenetzky (2013, p. 105-113):

[...] o Brasil se constituiu em uma economia moderna com base industrial e urbana, abandonando seu passado agrário, baseado em exportações de bens primários que predominavam até as primeiras décadas do século, ao mesmo tempo em que modernizou e estendeu as regulações do Estado, assim como os mecanismos para sua intervenção. Como resultado de um Estado que buscava o desenvolvimento, a evolução do sistema de proteção social dava ênfase às relações entre o capital e o trabalho, com reduzida atenção aos direitos sociais e à cidadania.

Assim, os alicerces do sistema de proteção social brasileiro são constituídos nesse mesmo período, tendo o autoritarismo como uma de suas principais marcas, visando regulares aspectos concernentes à organização dos trabalhadores assalariados dos setores mais modernos da economia, utilizando-se da antecipação de algumas necessidades, de modo a reduzir a legitimidade das lideranças trabalhistas em suas reivindicações. Desse fato resulta a segmentação no processo de modernização no país que se apresenta até os dias atuais, com setores industriais modernos convivendo com setores tradicionais. Ou seja, foi criado um esquema de proteção social com o objetivo de atender aos setores organizados da classe trabalhadora urbana, fundamentado no sistema de previdência social. Com o início da Nova República, período marcado pela conquista da “Constituição Cidadã” de 1988, vieram também os avanços na área política e o aumento da participação da população no processo eleitoral. Até as reformas ocorridas na década de 1980, o *Welfare State Brasileiro* tinha uma característica de forte centralização política e financeira



em nível federal, fragmentação institucional e uso clientelístico das políticas sociais, o que reduzia a capacidade do funcionamento dessas políticas como mecanismo redistributivo (KERSTENETZKY, 2013, p. 105-113). Somente a partir da Constituição de 1988, vemos a incorporação de um conjunto de direitos, inclusive o direito dos cidadãos à proteção social. Assim, o sistema de proteção social brasileiro inclui desde a Constituição promulgada em 1988, as garantias de direito à saúde, previdência e assistência social. Esse é um marco para os direitos sociais no Brasil, pois ocorre a ampliação do sistema de proteção social e instituição de princípios de universalização, ancorada na noção de direito social, acompanhado de um esforço governamental, principalmente nos últimos anos, em ampliar o atendimento nas três dimensões da seguridade social.¹³ Já para Morais (1997, p. 34):

[...] o direito social visto apenas como um conjunto de regras jurídicas, especialmente as leis produzidas pelo Estado, protetoras dos despossuídos da sociedade e organizando a intervenção do Estado no domínio econômico, tem um duplo risco, pois, desde logo, propõe uma interpretação errônea do fenômeno, escamoteando o aspecto da pluralidade de ordens aberto pela ideia mesma de direito social e caracterizado pelo fato de "cada grupo e cada conjunto possui, efetivamente, a capacidade de produzir sua própria ordem jurídica autônoma, regulando sua vida interna.

O direito social foi visto, então, como o fundamento da política, com um comprometimento do governo com o sistema de proteção dos direitos fundamentais, projetando um acentuado grau de provisão do Estado, cabendo ao setor privado um papel complementar (KERSTENETZKY, 2013, p. 105-113). De acordo com tal entendimento a ideia do Direito Social é, portanto, um produto

¹³ *Los derechos sociales son derechos de prestación o de crédito porque, frente a los derechos de la primera generación, exigen que el Estado actúe, planifique y materialice políticas sociales concretas a favor del bienestar de los ciudadanos* (MARTÍNEZ DE PISÓN, 1998 apud GONZÁLEZ; VADILLO, 2018).



essencialmente dos tempos modernos, para a qual, como salienta o autor Gurvitch.¹⁴

O CAPITALISMO COMO A CIVILIZAÇÃO DAS DESIGUALDADES?

O capitalismo surgiu como a “civilização das desigualdades”.¹⁵ Na verdade, estudos prospectivos de autores como Paul Bairoch vieram mostrar que, nos finais do século XVII, o nível do rendimento dos países hoje ditos desenvolvidos era idênticos, ou mesmo, em certos casos e em certos domínios, inferior ao da maioria dos países hoje designados de subdesenvolvidos. A economia política, surgida com o capitalismo como “ciência da burguesia”, dando-se conta de que, apesar do extraordinário aumento da produtividade e da produção efetiva de bens, a miséria crescia a par da riqueza, procurou, desde o início, ‘legitimar’ essa desigualdade, apontando-a como dado inelutável, inerente à ‘natureza das coisas’, resultante das *leis naturais* que regulam a economia, leis que os homens não poderiam alterar, porque se trata de leis de validade absoluta e universal, perante as quais não teria sentido falar de justiça e injustiça, porque o que é natural é justo (NUNES, 2011, p. 62).

O marginalismo veio reduzir o problema da distribuição do rendimento ao problema da formação dos preços dos fatores de produção, concluindo que o rendimento que cada pessoa recebe corresponde à ‘contribuição’ de cada um para o rendimento da comunidade; e, no quadro da concepção liberal, *reduz toda a vida*

¹⁴ A emancipação total do pensamento humano do Renascimento, a afirmação de um pluralismo de sistemas equivalentes, a liberação da sociedade humana – como totalidade – de sua confusão com outras espécies de totalidades, uma síntese entre individualismo e universalismo, para que florescesse a construção de um pensamento acerca de um outro direito, ligado não mais ao indivíduo isolado, mas aos grupos sociais que integram o meio social (MORAIS, 1997, p. 30).

¹⁵ *Sin embargo, a partir de la mitad del siglo XIX, los cambios estructurales van a ser de tal magnitud que se incrementarán sucesivamente las desigualdades sociales, ya que el desarrollo del capitalismo se establecerá como la única regla a seguir* (GONZÁLEZ; VADILLO, 2018).



em sociedade – nomeadamente a vida econômica – as relações contratuais livremente assumidas por indivíduos livres, independentes e iguais em direitos [...] (NUNES, 2011, p. 65). Keynes não fugiu a esta problemática. Exemplo claro da “*integração*” das políticas keynesianas na lógica do capitalismo são as políticas que se traduzem no financiamento público dos chamados “*consumos sociais*”. Com efeito, além de assegurar as despesas com o aparelho de poder destinado à defesa da ordem estabelecida (forças armadas, polícias, sistema de justiça, etc.), o estado financia as despesas necessárias ao conveniente desenvolvimento das forças produtivas sociais: despesas com a educação, a saúde e a segurança social, a habitação, etc. Defendendo que a compreensão da economia capitalista¹⁶ não se confina ao estudo do “*comportamento racional*” Keynes sublinhou a importância do Estado e a necessidade do alargamento das suas funções para salvar da «*completa destruição as instituições econômicas atuais*» [leia-se: capitalistas]. E como as crises e os seus efeitos perniciosos se fazem sentir em curto prazo, a política econômica tem que adaptar uma perspectiva de curto prazo (NUNES, 2011, p. 73-74).

Ora, a miséria de milhões de pessoas em todo o mundo e a ameaça de morte iminente que pesou sobre o capitalismo à escala mundial estimulou Keynes a procurar soluções para salvá-lo. Estas as motivações da “*revolução keynesiana*” que esteve na base das transformações que conduziram ao estado providência, transformações que não podem separar-se, por outro lado, das lutas dos trabalhadores, no plano sindical e no plano político, e da emulação que exerceu, na generalidade dos países capitalistas, o simples fato da existência da URSS e da comunidade socialista europeia e mundial constituída após a 2ª Guerra Mundial (NUNES, 2011, p. 75). As

¹⁶ *En este sentido, podría decirse que el sistema capitalista genera dos problemas fundamentales como consecuencia del liberalismo total de la economía del siglo XVIII: a) aparecen, cada vez como mayor frecuencia, movimientos cíclicos en la economía (grandes períodos de crecimiento que se intercalan con grandes períodos de crisis económicas); y, por otro lado, b) genera una mala distribución de la riqueza, lo cual se erige en el principal objetivo del Estado del bienestar, objeto central de la presente comunicación. De Paz Báñez et al. (2003 apud GONZÁLEZ; VADILLO, 1998).*



transformações¹⁷ operadas nas relações entre a instância política e a economia no quadro do capitalismo monopolista de Estado e do Estado Social entusiasmaram os que queriam libertar-se do 'fantasma' do socialismo dizendo que ele já estava aí a governar o mundo todo; assim deixando sem sentido a luta pelo socialismo como alternativa ao capitalismo e como modo de produção e de organização social que lhe há de suceder quando o capitalismo não for capaz de resistir ao efeito corrosivo das suas contradições. A chamada teoria da convergência dos sistemas entusiasmou. Por isso, a principal patologia, no caso, brasileira, é a desigualdade social, principalmente a pobreza. No entanto, para Kerstenetzky (2013, p. 105-113):

[...] o Brasil pode e deve se beneficiar das experiências mais bem sucedidas, buscando explorar as vantagens do processo catching up social: aprender com os acertos desses países, criativa e mecanicamente beneficiando-se de tecnologia social disponibilizada por essas experiências. [...] Tratar o estado do bem estar dentro de um projeto de desenvolvimento, por meio do qual a expansão de recursos progressivamente viabilize a expansão do estado do bem estar e de seu rendimento social. Isso requer mobilizar os gastos do estado do bem estar, para investimentos sociais, que produzirão outros benefícios, resultados econômicos positivos.

São "[...] necessidades sociais; necessidades oriundas da interdependência social: elas são definidas pela vida em sociedade, como o padrão de vida corrente, e tem sua origem em dependências que são nelas criadas." Uma política social que passa a ser vista

¹⁷ Do desenvolvimento da sociedade surgem constantes e crescentes necessidades que nem sempre poderão ser satisfeitas na sua melhor forma, devido principalmente a questão da precariedade e estruturação do Estado. A não realização ou negação, total ou parcial, dessas necessidades essenciais, principalmente quando geradas pelo moderno sistema da produção e da divisão social do trabalho acabam gerando contradições, que muitas vezes refletem em conflitos e lutas. Sendo que aí surge à ideia de compreensão e a reinvenção permanente direto, através do abarque das questões sócias pelos novos direitos, que podem assumir dimensões individuais, políticas e sociais (WOLKMER, 1997, p. 80).



como política de desenvolvimento, como expansão de liberdades reais e de possibilidades materiais para a viabilização e expansão dessas liberdades (KERSTENETZKY, 2013, p. 75). O bem-estar deve ser sustentavelmente social. Assim, para Nussbaum (2013, p. 197):

[...] 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.

Ao mesmo tempo, como “necessidades sociais” o Estado deve satisfazer; não se trata exclusivamente de prover necessidades materiais, mas de provê-las por meio de serviços universais que evitem o estigma (formação de identidade e nível social dos indivíduos) que contribuam para a construção da identidade das pessoas tendo por referencia a comunidade política da qual são membros, suas capacidades potencializam e emancipam. O autor Dowbor (1999, p. 22) leciona no sentido de que tudo isso:

[...] não se conquista com passes de mágica. Implica uma visão política, de que participar na construção do seu espaço de vida, mais do que receber presentes das “autoridades”, constitui uma condição essencial da cidadania. Implicam uma visão institucional, menos centrada nas “pirâmides” de autoridade, e mais aberta para a colaboração, as redes, os espaços de elaboração de consensos e os processos horizontais de interação.

Implica finalmente numa visão centrada de que o homem possui capacidade de emancipação, na qualidade de vida, na felicidade do cotidiano.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal patologia brasileira é a desigualdade social; tratar o estado do bem-estar dentro de um projeto de desenvolvimento, por meio do qual a expansão de recursos progressivamente viabilize a expansão do estado do bem-estar e de seu rendimento social requer mobilizar os gastos, para investimentos sociais, que produzirão outros benefícios, resultados econômicos positivos. Desde a regulamentação das leis e sua aplicação prática. Buscou-se, aqui, tratar acerca das transformações do Estado contemporâneo; o Liberalismo como forma de analisar se o mesmo agiu como uma política expansionista, ou o contrário, se prestou como um aniquilador e distintivo das classes sociais e a capacidade dos indivíduos lutar, destruindo as classes desfavorecidas em favor de uma política de economia que apenas favorecia alguns poucos privilegiados. Como forma de abordar o assunto foi analisada como pontos cardeais a passagem de Estado de Direito Liberal para Estado de Direito Social, assim como, mesmo que brevemente, as transmutações verificadas no seio social. Decorrência disso, a denominada revolução keynesiana; o espaço onde as desigualdades se mostraram ainda mais exorbitantes, ao ponto de serem consideradas naturais, e próprias do crescimento econômico até o neoliberalismo e a política expansionista. E, por fim, a procura de valorar o ser humano em sua condição inerente como pessoa, qual seja, em sua dignidade. Promover os direitos sociais significa criar uma infraestrutura de serviços universais aceitáveis, um sistema geral de valores e um sentido de comunidade, meios para atingir um verdadeiro e possível crescimento social; talvez aí, um protótipo de sistema estatal e de garantia dos direitos fundamentais.



REFERÊNCIAS

AMARTYA Sen. Adam Smith and the contemporary world. *Harvard University Erasmus Journal for Philosophy and Economics*, v. 3, n. 1, p. 50-67, Spring 2010. <http://ejpe.org/pdf/3-1-art-3.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2019.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

D'AGOSTINO, Fred; GAUS, Gerald; THRASHER, John. Contemporary Approaches to the Social Contract. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2014. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/contractarianism-contemporary/>. Acesso em: 8 jan. 2019.

DOWBOR, Ladislau. *O que é Poder Local*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

FLEISCHACKER, Samuel. Adam Smith's Moral and Political Philosophy. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2014. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/contractarianism-contemporary/>. Acesso em: 8 jan. 2019.

GIDDENS, Anthony. *O Mundo na era da Globalização*. Lisboa: Presença, 2001.

GONZÁLEZ, María de la O Barroso; VADILLO, Nelly Julia Castro. *Estado del bienestar y crisis económica: una revisión bibliográfica*. Madrid: Tecnos, 1998. Disponível em <https://www.usc.es/congresos/xiirem/pdf/32.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2019.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HOFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução: Tito Lívio Cruz Romão. Revisão da tradução: Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.



KERSTENETZKY, Celia Lessa. *O Estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo*. [S. l.]: Elsevier, 2012.

MARRAMAO, Giacomo. *1946-Poder e Secularização: as categorias do tempo*/Giacomo Marramao. Tradução: Guilherme Alberto Gomes de Andrade. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *A ideia de Direito Social – o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NUNES, Antônio Jose Avelãs. *As Voltas que o Mundo Dá... Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OLMOS, Claudio; SILVA, Rodrigo. El desarrollo del estado de bienestar en los países capitalistas avanzados: Un enfoque socio-histórico. *Rev. Sociedad&Equidad*, n. 1, enero 2011. Disponível em: <https://www.usc.es/congresos/xiirem/pdf/32.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2019.

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

RAWLS, John. *Political Liberalism*. Paperback edn. New York: Columbia University Press. 1996.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e Teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.



WHITE, Stuart. Social Minimum. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall 2008. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/social-minimum/>. Acesso em: 8 jan. 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997.

