



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO

RENATO BARBOSA DE VASCONCELOS

**ENTRE O “DIREITO DOS POVOS” E A JUSTIÇA GLOBAL:
UMA ANÁLISE DA CONCEPÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DE JOHN RAWLS**

FORTALEZA

2014

RENATO BARBOSA DE VASCONCELOS

**ENTRE O “DIREITO DOS POVOS” E A JUSTIÇA GLOBAL:
UMA ANÁLISE DA CONCEPÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DE JOHN RAWLS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Reginaldo Rodrigues da Costa

FORTALEZA

2014

RENATO BARBOSA DE VASCONCELOS

**ENTRE O “DIREITO DOS POVOS” E A JUSTIÇA GLOBAL:
UMA ANÁLISE DA CONCEPÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DE JOHN RAWLS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Aprovada em: 25/08/2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Reginaldo Rodrigues da Costa (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Raquel Coelho de Freitas
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho
Centro Universitário Christus (Unichristus)

Aos meus pais, Audizio e Cristina.

AGRADECIMENTOS

A Deus, em primeiro lugar, porque sem Ele nada existiria.

Aos meus pais, Audizio e Cristina, e aos meus irmãos, Rebeca e Rafael, pelo apoio indispensável em todas as caminhadas que trilho.

À minha namorada, Priscila, pela compreensão de que a realização desta pesquisa impunha a renúncia de várias horas do nosso já escasso tempo juntos.

À Universidade Federal do Ceará, duplamente, na condição de aluno e de servidor, pela acolhida institucional que permitiu o desenvolvimento deste estudo.

Ao meu orientador, Professor Reginaldo da Costa, pelo zeloso acompanhamento, desde os tempos de Graduação, das reflexões que resultaram neste trabalho.

Aos Professores Juraci Mourão e Raquel Coelho, por terem aceitado, gentilmente, o convite para compor a banca examinadora desta dissertação.

Aos Professores Hugo Segundo e Tarin Mont'Alverne, pelas valiosas orientações recebidas quando do exercício de meus estágios de docência.

A todos os colegas dos projetos de pesquisa “Fundamentação racional dos direitos humanos frente ao desafio do pluralismo cultural”, “Possibilidades e riscos de políticas comuns de direitos e garantias fundamentais nos Estados integrantes da UNASUL na perspectiva de uma constituição sul-americana” e “Os desafios oriundos da fragmentação do direito internacional”, pelas instigantes e enriquecedoras discussões.

Aos colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (especialmente Gustavo Meireles, Tainah Sales, Hélio Gois, Cecília Aguiar, Fernanda Castelo Branco, Álisson Melo, Ivan Rodrigues, Pedro Cabral, Edvaldo Moita e Jana Brito), pela agradável convivência e pelo inestimável aprendizado que me proporcionaram ao longo deste ciclo acadêmico que ora se encerra.

“O otimista é um tolo. O pessimista, um chato.
Bom mesmo é ser um realista esperançoso”.

(Ariano Suassuna)

RESUMO

As reiteradas violações às normas de direitos humanos ocorridas no século XXI indicam que a valorização desses direitos na esfera internacional não tem implicado a sua efetiva observância em todo o mundo. Discutir os desafios que devem ser superados para que se efetivem os direitos humanos consiste, assim, em etapa fundamental para evitar que o apoio as suas normas não passe de mero artifício retórico. Com base nisso, este trabalho pretende analisar se a concepção de direitos humanos alicerçada na teoria da “justiça como equidade”, de John Rawls, é teoricamente adequada a lidar com as questões problemáticas relativas à semântica, à cultura e à jurisdição, demonstrando em que medida aquele paradigma oferece contribuições para a superação ou redução desses problemas.

Palavras-chave: Direitos humanos. John Rawls. Justiça como equidade. Direito dos Povos.

ABSTRACT

The reiterated violations to human rights rules occurred in the XXI century indicate the valuation of these rights in the international sphere has not implicated their effective observance in the whole world. Discussing the challenges that must be overcome so that human rights be effective consists, therefore, in a fundamental step in order to avoid their rules' support don't be more than a mere rhetorical device. Based on that, this work intends to analyze if the human rights conception grounded in John Rawls' theory of "justice as fairness", is theoretically adequate to deal with problematic issues relating to semantic, culture and jurisdiction of those rights, demonstrating how that paradigm offers contributions to the solution or reduction of those problems.

Keywords: Human rights. John Rawls. Justice as fairness. Law of peoples.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	9
2 SOBRE O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E AS DIFICULDADES DE UMA CONSTRUÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	14
2.1 Uma síntese histórica das concepções de direitos humanos.....	14
2.1.1 <i>Antecedentes clássicos e medievais.....</i>	15
2.1.2 <i>As declarações de direitos da modernidade.....</i>	17
2.1.3 <i>O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a contemporaneidade.....</i>	21
2.2 Dificuldades de uma construção conceitual dos direitos humanos.....	26
2.2.1 <i>O problema semântico.....</i>	26
2.2.2 <i>O problema cultural.....</i>	35
2.2.3 <i>O problema jurisdicional.....</i>	41
3 SOBRE OS PRESSUPOSTOS E OS ELEMENTOS DE UMA TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE.....	45
3.1 Pressupostos da teoria da justiça de John Rawls.....	45
3.1.1 <i>O conflito de interesses na sociedade.....</i>	46
3.1.2 <i>As faculdades morais do ser humano.....</i>	49
3.1.3 <i>O contraponto ao utilitarismo.....</i>	54
3.2 Elementos teóricos do construtivismo rawlsiano.....	58
3.2.1 <i>Objeto: a estrutura básica da sociedade.....</i>	59
3.2.2 <i>Método: a posição original.....</i>	62
3.2.3 <i>Conteúdo: os princípios de justiça.....</i>	69
4 SOBRE O “DIREITO DOS POVOS” E AS CONTRIBUIÇÕES DA CONCEPÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DE JOHN RAWLS.....	76
4.1 O Direito dos Povos.....	76
4.1.1 <i>A justiça como equidade no plano internacional.....</i>	77
4.1.2 <i>Os princípios do Direito dos Povos.....</i>	80
4.1.3 <i>As funções dos direitos humanos.....</i>	83
4.2 Contribuições da concepção rawlsiana de direitos humanos.....	89
4.2.1 <i>Rawls e o problema semântico.....</i>	89
4.2.2 <i>Rawls e o problema cultural.....</i>	93
4.2.3 <i>Rawls e o problema jurisdicional.....</i>	101
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	105
REFERÊNCIAS.....	108

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Já se passaram mais de sessenta anos desde que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, inaugurou uma nova compreensão acerca desses direitos¹. A partir de então, o entendimento de que a proteção deles é condição de possibilidade para uma “justiça global” – não devendo, portanto, ser restringida ao domínio particular de cada Estado – dissemina-se cada vez mais.

Infelizmente, embora albergadas pelos mais diversos ordenamentos jurídicos², as normas de direitos humanos consagradas nos tratados internacionais vêm sendo reiteradamente violadas neste século. Em seu informe anual de 2013, por exemplo, a Anistia Internacional denunciou que pessoas ainda são torturadas em, pelo menos, 112 países, além de serem proibidas de se expressar livremente em, ao menos, 101 nações³.

Dados como esses embasam a tese de que é mais importante defender os direitos humanos na prática do que fundamentá-los na teoria, pensamento que encontra respaldo em autores como Norberto Bobbio. A esse respeito, em conhecida assertiva, o jurista italiano assevera que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”⁴.

Frente a atual conjuntura, porém, é forçoso reconhecer, apesar dos inegáveis avanços na matéria, que a proteção política dos direitos humanos não tem, por si só, logrado êxito em lhes assegurar o respeito almejado. O fato é que nem a incorporação de seus tratados pelo direito interno nem a criação de órgãos internacionais que fiscalizem sua observância têm se revelado suficientes para a efetivação das suas normas.

Seguramente, são vários os fatores (não somente de ordem política, mas também econômica, cultural etc.) que contribuem para que as normas de direitos humanos ainda não

¹ Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 143.

² Até julho de 2006, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 156 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais contava com 153 Estados-partes; e a Convenção contra a Tortura contava com 141 Estados-partes, cf. OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. **Status of ratifications of the principal international human rights treaties**. New York, 14 jul. 2006. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/docs/status.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

³ Os dados relativos ao ano de 2012 apontam, ainda, que, em ao menos 80, nações foram realizados julgamentos injustos e, em pelo menos 57 países, prisioneiros de consciência continuam detidos. Cf. ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2013 da Anistia Internacional: o estado dos direitos humanos no mundo**. Londres, mai. 2013. Disponível em: <http://files.amnesty.org/air13/fnf_air_2013_pt-br.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.

⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 23.

gozem de um grau satisfatório de efetividade⁵. Um deles, todavia, quando não é completamente ignorado, recebe, de parcela significativa dos estudiosos dessa temática⁶, uma atenção bem menor do que a devida: a construção conceitual dos direitos humanos.

Com efeito, Carlos Nino lembra que a elucidação conceitual é necessariamente prévia à valoração dos fenômenos a que os conceitos em questão se referem, uma vez que sem tal esclarecimento é impossível determinar o que se está valorando⁷. Dessa forma, como se pode pretender efetivar os “direitos humanos” sem que se estabeleça inicialmente o que se busca identificar por meio dessa expressão?

Nesse horizonte, a multiplicidade e a vulgarização dos usos da locução “direitos humanos”⁸ demonstram, antes de tudo, a inexistência de um acordo quanto ao seu conceito, o qual, certamente, contribuiria para a universalização de sua prática. No âmbito teórico, por sua vez, são inúmeras e, não raro, bastante divergentes as propostas que procuram dar conta da tarefa de delimitar conceitualmente aqueles direitos⁹.

O que se nota, entretanto, é que os autores por vezes se limitam a propor definições estipulativas, que simplesmente expressam a sua decisão de empregar o termo com certo sentido ou recomendar que os outros assim o façam. Não se percebe, via de regra¹⁰, uma maior preocupação em justificar a utilização de determinado conceito mediante argumentos racionalmente avaliáveis.

⁵ Perfilhamos aqui, com Marcelo Neves, à compreensão de que a “efetividade” não se identifica com a “eficácia”. Esta indica à concretização do “programa condicional”, isto é, do vínculo “se-então”, abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal. Aquela se refere à implementação do “programa finalístico” que orientou a atividade legislativa ou a concretização do vínculo “meio-fim” que decorre, abstratamente, do texto legal. Por exemplo, uma convenção destinada a coibir a discriminação racial será “efetiva”, quando a prática de tal discriminação for reduzida, relevantemente, por força da sua “eficácia” (observância, aplicação, uso). A mesma convenção pode, contudo, ter eficácia sem efetividade (vg., a convenção ser observada, mas não ensejar nenhuma redução significativa das práticas discriminatórias). Cf. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 47-48.

⁶ Por todos, veja-se: BOBBIO, Norberto, **A era dos direitos**, p. 23.

⁷ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 117, p. 11.

⁸ É o caso de expressões como “direitos humanos de bandidos” ou “direitos humanos das vítimas”.

⁹ Vicente Barreto destaca que um número considerável de autores tomaram a expressão “direitos humanos” como um sinônimo moderno para “direitos naturais” (vg. John Finnis, Heinrich A. Rommen e Jacques Maritain); outros, empregaram-na como o conjunto de direitos que assim se encontram definidos nos textos internacionais e legais, nada impedindo que “novos direitos sejam consagrados no futuro” (vg. Celso D. de Albuquerque Mello). Alguns, também, referiram-se à ideia dos direitos humanos como sendo normas gerais, relativas à prática jurídica, que se expressariam através dos princípios gerais do direito. Cf. BARRETTO, Vicente de Paulo. **Universalismo, multiculturalismo e direitos humanos**. In: **Direitos humanos no século XXI**: parte I. Rio de Janeiro: IPRI, Fundação Alexandre Gusmão, 1998, p. 375.

¹⁰ As exceções geralmente se situam entre os jusfilósofos, como, vg.: NINO, Carlos Santiago, op. cit.; BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000; ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética em la sociedad actual**. Madrid: Civitas, 1992 e PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La fundamentación de los derechos humanos**. **Revista de Estudios Políticos**, Logroño, n. 35, p. 7-72, set./out. 1983.

É por essa razão que Alysson Mascaro aponta, acertadamente, que ocorre com os “direitos humanos” o mesmo que já aconteceu com temas como “democracia” ou “ideologia”. Todos “sabem” intuitivamente o que sejam (tomam-se até mesmo decisões a seu respeito), mas deles não se consegue elaborar uma definição precisa, isto é, “mantemos ainda pés de barro enquanto as mãos já estão operando e as cabeças sentenciando contra e a favor”¹¹.

Tal problema repercute inclusive no ordenamento constitucional brasileiro. A locução “direitos humanos” é utilizada pela Constituição Federal de 1988 para designar um dos princípios que devem reger o Brasil em suas relações internacionais (art. 4º, II) e para caracterizar os tratados internacionais cujas normas, se incorporadas mediante rito especial, equivalerão às emendas constitucionais (art. 5º, §3º)¹².

Partindo de dúvidas como essas, não são poucos os pensadores que põem em xeque a própria utilidade de uma noção de “direitos humanos”¹³. Dentre eles, Michel Villey, em crítica incisiva, postula que os direitos humanos são irreais e impotentes e que suas fórmulas fazem promessas indeterminadas, inconsistentes e contraditórias, visto que cada um dos direitos é a negação de outros e, praticados separadamente, são geradores de injustiças¹⁴.

Entre as diversas concepções de direitos humanos, optamos neste trabalho por revisar criticamente os fundamentos do modelo proposto pelo filósofo norte-americano John Rawls (1932-2002), a partir de sua paradigmática teoria da “justiça como equidade”. Na obra *The law of peoples*¹⁵, Rawls a estende para o plano internacional e enfrenta algumas das principais dificuldades relativas à delimitação conceitual daqueles direitos.

Em face da problematização suscitada, a relevância da investigação que desenvolvemos ao longo do Curso de Mestrado em Direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), área de concentração “Ordem Jurídica Constitucional”, linha de pesquisa nº 1 (“A Tutela Jurídica dos Direitos Fundamentais”), justifica-se pelas cinco razões seguintes.

Em primeiro lugar, mesmo que a constatação da variedade de definições possa sugerir, à primeira vista, que não existe um sentido universal e absoluto para a expressão “direitos humanos”, não há por que se deduzir que todas as possíveis concepções apresentam

¹¹ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito e filosofia política**: a justiça é possível. São Paulo: Atlas, 2003, p. 53-54.

¹² A Constituição menciona, ainda, os “direitos humanos” no art. 109, V-A e §5º, ao tratar da competência dos juízes federais e do Procurador-Geral da República.

¹³ Assim o fizeram, entre outros, Edmund Burke, Jeremy Bentham, Karl Marx e Benedetto Croce. Mais recentemente, além de Michel Villey, Costas Douzinas opõe-se ao *human rights talk*. Cf. DOUZINAS, Costa. **The end of human rights**: critical legal thought at the turn of the century. Oxford: Hart, 2000.

¹⁴ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 7.

¹⁵ RAWLS, John. **The law of peoples**. Cambridge: Harvard, 1999. Doravante, a indicaremos pela sigla “LP”.

idêntico valor, teórico ou prático¹⁶. É preciso verificar qual delas se mostra a mais adequada diante das exigências que as condicionam.

Em segundo lugar, não é difícil perceber que a necessidade de uma delimitação conceitual dos “direitos humanos” transcende as fronteiras da seara acadêmica. Tal debate possui, igualmente, implicações práticas que se estendem, no plano internacional, aos processos de normatização e aplicação desses direitos, motivo pelo qual é pressuposto para que os obstáculos que lhes dificultam a efetivação possam ser superados.

Em terceiro lugar, além dos aspectos atinentes às relações internacionais do Estado brasileiro, a indefinição da ideia de “direitos humanos” impacta, diretamente, na forma como este tutelar os direitos fundamentais “incorporados” dos tratados de direitos humanos. É fundamental precisar quais direitos são “direitos humanos” para que se possa distinguir se eles podem ou não adquirir *status* constitucional.

Em quarto lugar, nenhuma discussão filosófica sobre direitos humanos prescinde de uma teorização acerca do “justo”, tema sobre o qual Rawls é, reconhecidamente, um dos maiores pensadores¹⁷. Ademais, como autor contemporâneo, ele refletiu sobre vários dos assuntos que serão aqui discutidos em um contexto semelhante ao hodierno, o que minimiza os riscos de incorrerem em interpretações historicamente equivocadas das suas propostas.

Finalmente, em quinto lugar, o tema que estamos pesquisando se insere no eixo de preocupações do grupo de pesquisa “Filosofia dos Direitos Humanos” (CNPq/UFC), relacionado à linha de pesquisa nº 1 do Programa¹⁸. A análise dessa matéria representa, para nós, o prosseguimento dos estudos que já vimos desenvolvendo, desde o ano de 2008, na condição de membro do referido grupo.

A partir do exposto, questionamos, então: a) como a noção do que seriam os “direitos humanos” evoluiu ao longo da história? b) de que forma se articulam as premissas que servem de alicerce ao edifício teórico rawlsiano? e c) a concepção rawlsiana de direitos humanos revela-se condizente com as demandas éticas da presente conjuntura internacional? Para discutir essas questões, dividimos esta dissertação em três capítulos.

No primeiro capítulo, demonstraremos a necessidade de se conferir contornos

¹⁶ Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La fundamentación de los derechos humanos*, p. 7-8.

¹⁷ Nythamar de Oliveira destaca que: “Nenhuma outra obra de filosofia política tem recebido tanta atenção nos meios acadêmicos e culturais do mundo inteiro quanto a *Teoria da Justiça* de John Rawls. O trabalho monumental de Rawls emerge como ponto de referência necessário para explorarmos a cartografia ético-política contemporânea, opondo universalistas e comunitaristas, construtivistas e intuicionistas, deontologistas e universalistas” (*In*: OLIVEIRA, Nythamar de. **Tractatus ethico-politicus**: genealogia do ethos moderno. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p. 164).

¹⁸ O grupo de pesquisa “Filosofia dos Direitos Humanos” (CNPq/UFC) está vinculado ao projeto geral nº 2, “Teoria da Constituição”, e ao projeto específico “Fundamentação dos Direitos Humanos”.

mais precisos à ideia de “direitos humanos”. Para tanto, analisaremos como algumas concepções de direitos humanos se desenvolveram historicamente e examinaremos três das dificuldades inerentes a qualquer construção conceitual desses direitos: as relativas à semântica, à cultura e à jurisdição.

No segundo capítulo, examinaremos os fundamentos sobre os quais se sustenta a teoria da “justiça como equidade” de Rawls, apresentada nas obras “*A theory of justice*” (1971)¹⁹, “*Political liberalism*” (1993)²⁰ e “*Justice as fairness: a restatement*” (2002)²¹, e desenvolvida a partir das ideias de “estrutura básica da sociedade” e “posição original”, “princípios de justiça”, entre outras.

No terceiro e último capítulo, pretendemos verificar em que medida o modelo de justiça rawlsiano pode ser estendido em âmbito internacional e se a concepção de direitos humanos dele decorrente se mostra capaz de oferecer alternativas racionalmente justificáveis que possibilitem a solução, ou atenuação, de alguns dos mais tormentosos problemas que o cenário sociopolítico tem imposto à efetivação desses direitos.

Considerando que prepondera nos objetivos centrais deste trabalho o caráter teórico-filosófico, a metodologia empregada para seu alcance consistiu, sobretudo, na pesquisa bibliográfica. Dessa forma, realizamos levantamentos, leituras, resumos e fichamentos críticos de obras e artigos científicos (publicados em periódicos especializados impressos ou eletrônicos), concernentes ao referencial teórico já mencionado.

Secundariamente, como vertente da pesquisa bibliográfica, esta investigação se valeu de pesquisa documental. Recorremos, portanto, à análise de alguns documentos que tratem da temática provocada, como tratados de direitos humanos, constituições nacionais (mormente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) e relatórios de organizações internacionais, como a Anistia Internacional.

Por fim, discutimos o tema no âmbito dos projetos de pesquisa “Fundamentação racional dos direitos humanos frente ao desafio do pluralismo cultural”, “Possibilidades e riscos de políticas comuns de direitos e garantias fundamentais nos Estados integrantes da UNASUL na perspectiva de uma constituição sul-americana” e “Os desafios oriundos da fragmentação do direito internacional”.

¹⁹ RAWLS, John. *A theory of justice*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

²⁰ *Id.* *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.

²¹ *Id.* *Justice as fairness: a restatement*. KELLY, Erin (Ed.). Cambridge: Belknap, 2001.

2 SOBRE O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E AS DIFICULDADES DE UMA CONSTRUÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 Uma síntese histórica das concepções de direitos humanos

Os direitos humanos são direitos históricos, isto é, “nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez nem de uma vez por todas²²”. Não por acaso, a atual normatização dos direitos humanos resulta de movimentos sociopolíticos e correntes jusfilosóficas desenvolvidos ao longo de vários séculos, em diferentes regiões²³.

A partir dessas premissas, a primeira parte deste capítulo tem por objetivo apresentar o pano de fundo histórico de algumas das concepções de direitos humanos. Para tanto, empreenderemos uma breve análise de alguns dos vários fatores políticos, sociais e culturais²⁴ que fomentaram as ideias acerca de que direitos mereceriam o *status* de “essenciais à pessoa humana”.

É importante salientar ainda, à guisa de introdução, que neste trabalho não partilhamos da tese de que os acontecimentos históricos conduzem necessariamente ao “progresso” da humanidade, de modo que esta haveria trilhado uma estrada sempre “ascendente”²⁵. Advertimos, também, que a exploração de que se cuidará aqui é apenas um dos muitos caminhos possíveis para se estudar a história dos direitos humanos²⁶.

²² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5. Em sentido semelhante: FARIÑAS DULCE, María José. **Los derechos humanos**: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la 'actitud postmoderna'. Madrid: Dynkinson, 1997, p. 6.

²³ “Pode-se afirmar que a ideia dos direitos humanos é, assim, tão antiga como a própria história das civilizações, tendo logo se manifestado, em distintas culturas e em momentos históricos sucessivos, na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra todas as formas de dominação, exclusão e opressão, e em prol da salvaguarda contra o despotismo e a arbitrariedade, e na asserção da participação na vida comunitária e do princípio da legitimidade.” (In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, v. 1., 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 33.).

²⁴ Conquanto não desconsideremos as contribuições oferecidas ao tema pelas civilizações orientais, esta pesquisa circunscrever-se-á à história ocidental. Para um estudo comparativo das interpretações ocidental, hindu, muçulmana e chinesa acerca dos direitos humanos, o qual fugiria ao escopo deste trabalho, indicamos: KRETSCHMANN, Ângela. **Universalidade dos direitos humanos e diálogo na complexidade de um mundo multicivilizacional**. Curitiba: Juruá, 2008.

²⁵ Michel Villey questiona: “Não há dúvida nenhuma de que nossas técnicas [...] estão em perpétua ascensão [...] Mas consideremos a filosofia. Cumpre admitir que [ela] tenha progredido historicamente? Não, Marx, Freud e Bertrand Russel não são mais fortes que Platão [...] A esse respeito a história conhece, alternadamente, períodos de progresso e longos períodos de decadência.” (In: VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 13-14.).

²⁶ Um exame de outros desafios à efetivação dos direitos humanos pode ser encontrado em: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 16-31. Não é o propósito deste capítulo, contudo, sugerir possíveis soluções àqueles problemas. Isso será feito, com base no pensamento de Rawls, no capítulo III.

2.1.1 Antecedentes clássicos e medievais

É consagrado o entendimento de que a base jurídica dos direitos humanos reside nas declarações promulgadas na modernidade, sobretudo no período compreendido entre os séculos XVII e XVIII²⁷. Isso não exclui, porém, a constatação de que a filosofia e a religião antigas legaram algumas das ideias que viriam a influenciar, diretamente, a noção de que o homem é titular de determinados direitos subjetivos pelo simples fato de existir:

Num sentido próprio, em que se conceituam como 'direitos humanos' quaisquer direitos atribuídos a seres humanos, como tais, pode ser assinalado o reconhecimento de tais direitos na Antiguidade: no Código de Hamurábi (Babilônia, século XVIII antes de Cristo), no pensamento de Amenófis IV (Egito, século XIV a.C.), na filosofia de Mêncio (China, século IV a.C.), na República, de Platão (Grécia, século IV a.C.), no Direito Romano e em inúmeras civilizações e culturas ancestrais²⁸.

Karl Jaspers lembra que, a partir do “período axial”, que se estende dos séculos VIII a II a.C., as explicações mitológicas até então reinantes cedem espaço para o surgimento de uma racionalidade fincada na centralidade do sujeito. É justamente nesse período que muitos afirmam ter nascido a filosofia e a compreensão do homem como ser livre e racional²⁹.

Por sua vez, o reconhecimento de que o poder dos governantes deveria se submeter às normas emanadas por uma entidade superior, segundo Comparato, tem origem na figura do “rei-sacerdote”, instituída por Davi quando de seu governo sobre o reino unificado de Israel. Diferentemente dos demais regimes monárquicos, Davi não era deus ou legislador, mas apenas um fiel responsável pela execução da lei divina³⁰.

Na Atenas do século VI a. C., o poder dos governantes não foi limitado somente

²⁷ Michel Villey é peremptório: “Os direitos humanos foram o produto da filosofia moderna, surgida no século XVII”. (In: VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 137.). Heiner Bielefeldt adverte, entretanto, que o “processo de realização jurídica desconhece uma *hora zero* na qual seres humanos, subitamente, tivessem decidido adotar uma mentalidade jurídica, a fim de propiciar uma ordem jurídica. Quem procurar tal origem, livre de ambivalências, nunca atingirá seu objetivo e, possivelmente, ficará frustrado [...] Somente de forma indireta – e isso como representação histórico-contingencial da ideia jurídica – documentos históricos podem ser considerados fontes jurídicas corretas que, no entanto, sempre devem ser consideradas *críticas*, em razão da consciente e permanente diferença entre ideia e história.” (In: BIELEFELDT, Heiner. *op. cit.*, p. 101-102.).

²⁸ HERKENHOFF, João Batista. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994. v. 1, p. 51.

²⁹ “No século V a.C., tanto na Ásia quanto na Grécia (o “século de Péricles”), nasce a filosofia, com a substituição, pela primeira vez na história, do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. O indivíduo ousa exercer sua faculdade de crítica racional da realidade.” (In: COMPARATO, *op. cit.*, p. 9.). Além de Comparato, veja-se, vg.: REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: filosofia pagã e antiga**. 2 ed. São Paulo: Paulus, p. 3-10 e FACHIN, Melina. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 22.

³⁰ Cf. COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 41-42.

pelo conjunto de instituições democráticas que permitiam a participação ativa dos cidadãos nas funções do governo³¹. Igualmente relevante era a observância da lei, porquanto o *nomos*, regra “baseada em uma espécie de sabedoria e razão prática³²”, assumia valor equivalente ao que hoje se confere às normas constitucionais.

Com efeito, Arnaldo Vasconcelos destaca que:

Conheceu a Grécia clássica o princípio liberal do primado da lei, que aí teve conformação nitidamente humanística. Legitimava-se segundo o critério democrático do contrato social (Hippias) ou da formação plebiscitária (Xenofonte). A lei era o Rei (Heródoto), e por ela devia combater o povo, como pelas muralhas da cidade (Heráclito). A noção de lei como exclusiva manifestação de poder do governante só aparece, de maneira esporádica, durante os curtos períodos de ofuscamento do regime democrático³³.

Já durante a república romana, a limitação do poder não foi alcançada pela soberania popular ativa, mas sim graças à instituição de um complexo sistema de controles recíprocos entre os diferentes órgãos do poder. Segundo o historiador grego Políbio, eram combinadas as três espécies tradicionais de regimes políticos: o poder dos cônsules seria tipicamente monárquico; o do Senado, aristocrático; e o do povo, democrático³⁴.

No Antigo Testamento, a valorização da pessoa humana pode ser percebida na crença de que o homem era o ápice da criação divina, criado que fora à imagem e semelhança de Deus³⁵. Em decorrência desse pensamento e do estoicismo greco-romano³⁶, consolidou-se a tese de que a vida humana seria mais sagrada que tudo o mais que houvesse no mundo e que todos os homens seriam iguais perante Deus.

É preciso lembrar, todavia, que essa igualdade entre os “filhos de Deus” somente seria observada no plano sobrenatural. Prova disso é que o cristianismo admitiu, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, e a dos povos colonizados americanos, africanos e asiáticos em face dos

³¹ É mister sublinhar, no quadro da democracia ateniense, o significativo contributo teórico oferecido pelos sofistas, mormente as doutrinas do Humanismo e da Ilustração. Nesse sentido, veja-se a crítica e a reabilitação da sofística empreendidas por Arnaldo Vasconcelos em: VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. São Paulo: Malheiros, 1998, cap. III.

³² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. 4.ed. São Paulo: Martin Claret, 2001, p.236.

³³ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 49.

³⁴ Cf. COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 44.

³⁵ Cf. Gênesis I, 26 (*In: BÍBLIA*. Português. **Bíblia sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2.ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.).

³⁶ “O estoicismo [...] apoiou-se em duas ideias basilares, quais sejam, a *unidade moral do ser humano* e a *dignidade do homem*. Isto porque, na qualidade de filhos de Zeus, não obstante as inúmeras divergências culturais que havia, todos os homens livres e racionais eram iguais em dignidade.” (*In: FACHIN, Melina Girardi. Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 27.). Antonio Enrique Perez Luño afirma que as doutrinas estoica e cristã foram o “fermento” de postulados suprapositivos que atuaram como critérios de legitimidade de quem exercia o poder. Cf. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1988, p. 30.

colonizadores europeus³⁷.

Na Idade Média, foi Santo Tomás de Aquino o principal teorizador da dignidade humana³⁸. O corifeu da Escolástica defendia que existiam duas ordens jurídicas distintas, formadas pelo direito natural e pelo direito positivo³⁹, e que, em casos extremos, a desobediência daquele pelos governantes poderia justificar o exercício do direito de resistência por parte da população⁴⁰.

Influenciado pela doutrina tomista, Giovanni Pico della Mirandola advogava a ideia de que a pessoa humana possuía um valor inato, inalienável e incondicionado, expresso justamente na ideia de dignidade⁴¹. Guilherme de Ockham, por seu turno, desenvolveu a concepção de direito subjetivo que, aprofundada por Hugo Grócio, foi definida por este como a “faculdade da pessoa que a torna apta para possuir ou fazer algo justamente⁴²”.

2.1.2 As declarações de direitos da modernidade

Rompendo com a mentalidade cosmoteológica dominante na Antiguidade e na Idade Média, o Humanismo, cujo desenvolvimento se inicia no século XIV, inaugurou uma visão de mundo que exaltava o homem como ser de múltiplas habilidades e reconhecia a importância da iniciativa humana na organização social. Essa nova concepção propiciou o surgimento da ideia de “liberdade negativa”⁴³, precursora dos “modernos” direitos humanos.

³⁷ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.18. Sobre os erros assumidos pela Igreja, sugere-se a leitura do documento “Memória e reconciliação: a Igreja e as culpas do passado”, emitido pelo Vaticano no ano 2000, sob o pontificado de João Paulo II. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/cti_documents/rc_con_cfaith_doc_20000307_memory-reconc-ite_po.html#top>. Acesso em: 10 jul. 2014.

³⁸ Embora a Patrística, corrente da qual Santo Agostinho é o maior representante, também tenha se preocupado com o homem e a questão de seu destino pessoal, foi com a Escolástica, de Santo Tomás de Aquino, que se verificou um conceito mais elevado da personalidade humana, “participe de uma substância e de uma lei absolutas”. Cf. DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. Tradução de Antonio Jose Brandão. 4.ed. Coimbra: Armênio Armando, 1972, p. 80-83.

³⁹ Tomás de Aquino previa três categorias de leis: a *lex aeterna*, proveniente da própria razão divina e da qual o homem poderia obter apenas um conhecimento parcial através das manifestações desta; a *lex naturalis*, que, diretamente cognoscível pelos homens por meio da razão, consistia na participação da criatura racional na lei eterna; e a *lex humana*, invenção do homem, mediante a qual, utilizando-se os princípios da *lex naturalis*, se efetuam aplicações particulares dela. Cf. DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁰ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 38.

⁴¹ Cf. FACHIN, Melina. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 35.

⁴² Cf. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 120-121.

⁴³ Segundo Isaiah Berlin, a liberdade negativa poderia ser definida como a necessidade de garantia de uma esfera livre de ingerências estatais, para que os indivíduos, em suas relações entre si, pudessem se autorregular, ao passo que a liberdade positiva consistiria na possibilidade de participar do debate político, de

Reforçando tal ponto de vista, na medida em que contestava a autoridade da Igreja, a Reforma Protestante questionou uma série de dogmas que obstavam a iniciativa individual, o pluralismo e a tolerância religiosa. Os reflexos no âmbito jurídico consistiram na adoção de uma perspectiva que concebia o Direito não mais como um meio de opressão estatal, e sim como um instrumento em benefício do “indivíduo”⁴⁴.

Aproveitando-se das ideias disseminadas em favor da liberdade individual, a burguesia emergente reivindicou a limitação do poder do Estado absolutista, obrigando-lhe a buscar outra fundamentação para sua autoridade. Passou-se, conseqüentemente, da origem teológica à origem contratual do Estado, a qual possibilitaria o desenvolvimento dos “direitos do homem e do cidadão” que seriam fixados nas declarações de direitos⁴⁵.

As primeiras teorias do pacto social sobre a origem do Estado e do Direito já haviam surgido na Grécia do século V, com os sofistas⁴⁶. É na Idade Moderna, porém, que aparecem as principais doutrinas contratualistas, desenvolvidas pelos filósofos cujas ideias serviram de substrato teórico às revoluções liberais burguesas e conformaram as primeiras declarações de direitos humanos, quais sejam: Hobbes⁴⁷, Locke⁴⁸ e Rousseau⁴⁹.

Nesse horizonte, a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, é considerada um dos antecedentes mais remotos das declarações dos séculos XVII e XVIII. Embora consistisse em uma carta feudal, elaborada para proteger os privilégios dos barões, em detrimento da maioria da população, ela se tornou um símbolo da luta pelas liberdades públicas e base para a fundamentação da ordem jurídica democrática do povo inglês⁵⁰.

poder influenciar as decisões políticas e legislativas. Cf. SILVA, Virgílio Afonso. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 6, 2005, p. 545.

⁴⁴ “A passagem das prerrogativas estamentais para os direitos do homem encontra na Reforma, que assinala a presença do individualismo no campo da salvação, um momento importante da ruptura com uma concepção hierárquica de vida no plano religioso, pois a Reforma trouxe a preocupação com o sucesso no mundo como sinal de salvação individual”. (In: LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991., p. 121.)

⁴⁵ Cf. LAFER, *op. cit.*, p. 122.

⁴⁶ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 108.

⁴⁷ Thomas Hobbes defendia que a única maneira pela qual os membros de uma sociedade poderiam viver em paz, seria por meio da cessão de parte de sua liberdade natural à instituição de um soberano com poderes ilimitados sobre os demais indivíduos. Cf. HOBBS, Thomas. **Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil**. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

⁴⁸ John Locke sustentava que o Estado, oriundo do acorde vontades, teria por fim primordial garantir a propriedade privada. O soberano, porém, tinha o seu poder limitado pelas leis promulgadas pelo poder legislativo estabelecido pelo consentimento da comunidade. Cf. LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁴⁹ Jean-Jacques Rousseau buscava uma forma de associação que protegesse a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um não obedecesse senão a si mesmo. O homem seria, a um só tempo, membro do poder soberano e súdito, porquanto fazia a lei e a ela obedecia. Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios de direito político**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁵⁰ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1988, p. 34. Ingo

A *Petition of Rights*, de 1628, por seu turno, foi o documento por meio do qual os parlamentares ingleses exigiram do monarca o reconhecimento de diversos direitos que, não obstante se fizessem presentes na Magna Carta, eram por ele desrespeitados⁵¹. Esse era o caso, por exemplo, do dispositivo que proibia a prisão dos cidadãos ou confisco dos seus bens sem que houvesse um julgamento legal por seus pares com base na lei do país⁵².

O *Bill of Rights*, por outro lado, é fruto da Revolução de 1688, na qual o Parlamento inglês impôs a abdicação do rei Jaime II e designou monarcas cujos poderes reais eram limitados por esse documento. Tal documento foi responsável pela instituição de uma monarquia constitucional submetida à soberania popular e inspirou a formação das democracias liberais da Europa e da América nos séculos XVIII e XIX⁵³.

Profundamente influenciada pela forma e estrutura de governo descritas por John Locke na obra “Segundo Tratado sobre o Governo”⁵⁴, o *Bill of Rights* determinava que a eleição dos parlamentares ingleses seria livre e que a liberdade de discussão no Parlamento não poderia ser tolhida. Além disso, o documento proibia o rei de revogar as leis elaboradas pelo Parlamento ou impedir-lhes a execução.

Apesar de não corresponder exatamente aos moldes das declarações que foram posteriormente aprovadas nos Estados Unidos e na França⁵⁵, o *Bill of Rights* estabelecia, com a separação de poderes, uma “garantia institucional”. Esta, na visão de Comparato, pode ser entendida como uma forma de organização do Estado que tem por função precípua a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana⁵⁶.

João Batista Herkenhof enfatiza, todavia, que os grandes documentos ingleses

[...] não eram cartas de liberdade do homem comum. Pelo contrário, eram

Sarlet ressalta que o documento, “inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos 'direitos' consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade.” (In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 41.).

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 41.

⁵² Artigo 29 da Magna Carta: “Nenhum homem livre será detido nem preso, nem privado de seus direitos nem de seus bens, nem declarado fora da lei, nem exilado, nem prejudicada a sua posição de qualquer outra forma; tampouco procederemos com força contra ele, nem mandaremos que outrem o faça, a não ser através de um julgamento legal de seus pares e pela lei do país” [tradução livre]. Documento disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/featured_documents/magna_carta/translation.html>. Acesso em: 10 jul. 2014.

⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 96.

⁵⁴ Nessa obra, Locke preconiza a doutrina da separação dos poderes, que seria posteriormente desenvolvida por Montesquieu em *O espírito das leis*.

⁵⁵ Virgílio Afonso da Silva salienta que “as declarações de direitos, em seu sentido atual, pressupõem a vinculação de todos os poderes estatais - incluindo o poder legislativo - a suas disposições, o que não ocorria na Inglaterra até o advento do Human Rights Act de 1998.” (In: SILVA, Virgílio Afonso. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 6, 2005, p. 543.).

⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 96.

contratos feudais escritos nos quais o rei, como suserano, comprometia-se a respeitar os direitos de seus vassallos. Não afirmavam direitos 'humanos', mas direitos de 'estamentos'. Em consonância com a estrutura social feudal, o patrimônio jurídico de cada um era determinado pelos estamentos, ordem ou estado a que pertencesse⁵⁷.

Não se pode ignorar, contudo, que a experiência inglesa com as declarações de direitos influenciou, significativamente, no que toca ao processo de positivação dos direitos humanos, as suas colônias norte-americanas. Com razão, já se disse que a revolução dos colonos, que culmina com a conquista de sua independência, “amadureceu sobre o tronco de uma velha árvore de liberdade constituído pelas cartas inglesas⁵⁸”.

É somente com a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 1776, entretanto, que se tem o primeiro documento de direitos humanos em sentido moderno. Inspirada na filosofia de Locke⁵⁹, Montesquieu⁶⁰ e, sobretudo, Rousseau, a Declaração de 1776 definia a estrutura de um governo democrático que restringia o poder estatal e postulava que todos os homens eram igualmente livres e independentes⁶¹.

Não obstante seu suposto universalismo, eram as situações particulares que afligiam as ex-colônias inglesas o objeto de preocupação da Declaração de Virgínia. De outra banda, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, adotada pela Assembleia Constituinte francesa em reação ao regime absolutista, possuía pretensões mais revolucionárias⁶², tendo sido nela “que a universalidade se manifestou pela vez primeira⁶³”.

⁵⁷ HERKENHOFF, João Batista. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994, v. 1, p. 56.

⁵⁸ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1988, p. 35.

⁵⁹ “Existe uma relação direta entre a teoria política de Locke e os princípios que inspiraram a tutela dos direitos fundamentais do homem no *constitucionalismo*. Com efeito, a passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito transita pela preocupação do individualismo em estabelecer limites ao abuso de poder do *todo* em relação ao *indivíduo*.” (In: LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um dialogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 122.).

⁶⁰ Os limites percebidos por Montesquieu como necessários para que as individualidades pudessem ser livres decorreriam da separação dos poderes. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁶¹ “[...] a Declaração se preocupava com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes. Os textos ingleses apenas tiveram por finalidade limitar o poder do rei, proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do rei e firmar a supremacia do Parlamento. As Declarações de Direitos, iniciadas com a da Virgínia, importam em limitações do poder estatal como tal, inspiradas na crença na existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem.” (In: SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 154.).

⁶² “Ao contrário do que ocorreria na França alguns anos mais tarde, a promulgação de declarações como a de Virgínia ou a própria declaração de independência dos Estados Unidos não tinham como objetivo principal romper com uma ordem absolutista. Sua justificação consistia sobretudo na ideia de “declarar” os direitos que todos os seres humanos congenitamente possuíam e que, de resto, já eram em grande parte realidade em uma sociedade não-estamental. Pode-se dizer, por isso, que a ideia revolucionária, presente na declaração francesa de 1789, não poderia existir em uma sociedade como a norte-americana, em que não havia estamentos e que uma declaração nos moldes da francesa não poderia, por conseguinte, surgir nos Estados Unidos.” (In: SILVA, Virgílio Afonso. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 6, 2005, p. 544.).

⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 562.

A esse respeito, Paulo Bonavides leciona que

[...] as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade⁶⁴.

A repercussão da Declaração Francesa não encontrou precedentes⁶⁵. Em seu bojo, além da entronização do “princípio da preeminência da lei”⁶⁶, destaca-se o dispositivo que determina que “o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão⁶⁷”.

É preciso ressaltar, porém, que, embora os direitos previstos na Declaração Francesa tivessem por destinatários os seres humanos em geral, as prerrogativas que ela consubstanciava dificilmente poderiam ser arguidas por todos os indivíduos. É evidente, por exemplo, que os burgueses teriam condições muito mais favoráveis para exercer o “direito de propriedade” do que os proletários⁶⁸.

2.1.3 O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a contemporaneidade

Pode-se afirmar, inequivocamente, que o século XX foi um período marcado pela guerra⁶⁹. A tentativa de solução pacífica das questões políticas e econômicas que levaram à

⁶⁴ *Id. Ibid.*, p. 562.

⁶⁵ Gregorio Peces-Barba afirma que, mais do que uma declaração de direitos, a Declaração de 1789 era todo o “programa político e constitucional da modernidade”. Cf. PECES-BARBA, Gregorio. La universalidad de los derechos humanos. In: **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Madrid: Biblioteca Miguel de Cervantes, n. 15-16, 1994, p. 617.

⁶⁶ “Prevalecia [na Declaração] o entendimento de que o Direito não era senão um sistema de limites através do qual se determinava o que era obrigatório, positiva ou negativamente. Com efeito, os constituintes à Assembleia Nacional francesa fizeram constar do artigo 5º. daquele documento que 'a Lei não pode proibir mais do que as ações danosas para a sociedade. Tudo o que não é proibido pela Lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser obrigado a fazer o que esta não ordena.'” (In: VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000 p. 31.).

⁶⁷ Documento disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.

⁶⁸ Seguindo o mesmo raciocínio, a *liberdade de expressão* e o *direito de resistência*. O primeiro porque pressupunha condições financeiras para realizar impressões e um grau mínimo de educação que não era oferecido a todas as classes. O segundo porque nem todos dispunham dos meios necessários para exercê-lo, ao passo que o Estado burguês tinha a sua polícia. Cf. VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 160-161.

⁶⁹ HOBBSBAWN, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX**. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 29.

Primeira Guerra Mundial, por meio da Liga das Nações, revelou-se inócua, na medida em que o órgão não contou com a participação dos mais importantes agentes do cenário internacional à época⁷⁰.

Durante a Segunda Guerra Mundial, o mundo presenciou uma violação aos direitos humanos sem antecedentes na história. Ideologias como a da “pureza ariana”, difundida pelo Estado nazista, justificaram perseguições a determinadas comunidades, a exemplo dos judeus e dos eslavos, e prisões em massa de seus membros, resultando no extermínio de milhares de seres humanos⁷¹.

Eric Hobsbawn apresenta alguns dados que ilustram o massacre:

As mortes diretamente causadas por essa guerra foram estimadas entre três e quatro vezes o número (estimado) da Primeira Guerra Mundial [...] em outros termos, entre 10% e 20% da população total da URSS, Polônia e Iugoslávia; e entre 4% e 6% da Alemanha, Itália, Áustria, Hungria, Japão e China [...] As baixas soviéticas foram estimadas em vários momentos, mesmo oficialmente, em 7 milhões, 11 milhões, ou na faixa de 20 ou mesmo 30 milhões⁷².

Após os horrores cometidos por ocasião do conflito, os direitos humanos foram vinculados à ideia de “bem comum”, com o intuito de que o homem fosse emancipado de todo tipo de servidão. Considerando, ainda, que os regimes totalitários⁷³ foram investidos no poder “legalmente” e promoveram a barbárie “em nome da lei”, buscou-se retomar as ideias

⁷⁰ “A Liga das Nações foi de fato estabelecida como parte do acordo de paz e revelou-se um quase total fracasso, a não ser como uma instituição para coleta de estatísticas [...] A recusa do Japão a juntar-se à Liga das Nações privou-a de qualquer significado real. Não é necessário entrar em detalhes da história do entre-guerras para ver que o acordo de Versalhes não podia ser a base de uma paz estável. Estava condenado desde o início, e portanto outra guerra era praticamente certa [...] os EUA quase imediatamente se retiraram, e num mundo não mais eurocentrado e eurodeterminado, nenhum acordo não endossado pelo que era agora uma grande potência mundial podia se sustentar.” (In: HOBSEBAWN, Eric, *op. cit.*, p. 40-41.).

⁷¹ “O 'tudo é possível', na dinâmica do totalitarismo, parte do pressuposto [...] de que os seres humanos são supérfluos. Tal pressuposto contesta a afirmação kantiana de que o homem, e apenas ele, não pode ser empregado como um meio para a realização de um fim, pois é fim de si mesmo, duma vez que apesar do caráter profano de cada indivíduo, ele é sagrado, já que na sua pessoa pulsa a humanidade.” (In: LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 117.).

⁷² Acerca da imprecisão dos dados, o historiador questiona: “[...] que significa exatidão estatística com ordens de grandeza tão astronômicas? Seria menor o horror do holocausto se os historiadores concluíssem que exterminou não 6 milhões (estimativa original por cima, e quase certamente exagerada), mas 5 ou mesmo 4 milhões?”. Cf. HOBSEBAWN, Eric, *op. cit.*, p. 49.

⁷³ Incluem-se nesta categoria não somente o nazismo alemão e o fascismo italiano, mas, também, o comunismo soviético. As atrocidades perpetradas por este último, embora frequentemente ofuscadas pelas dos primeiros, não podem ser desconsideradas. Notório exemplo de tais barbaridades era a manutenção, pelos governos de Lenin e Stálin, dos *gulags*, campos de trabalhos forçados para os quais eram enviados os opositores do regime. “Em 1º de janeiro de 1935, o sistema a partir de então unificado do Gulag reunia mais de 965.000 presos, dos quais 725.000 nos 'campos de trabalho' e 240.000 nas 'colônias de trabalho', unidades menores onde eram colocados os indivíduos 'menos perigosos para a sociedade', em geral condenados a penas inferiores a três anos.” (In: COURTOIS, Stéphane. *et al.* **O livro negro do comunismo: crimes, terror e repressão.** Tradução de Caio Meira. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 103.).

de moralidade, dignidade e direito cosmopolita⁷⁴.

A partir dessa nova perspectiva, Paulo Bonavides observa que os direitos humanos tornaram-se os “aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais.”⁷⁵ Dessa maneira, reflete o autor, “onde quer que eles padeçam lesão, a Sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder em toda a sociedade organizada⁷⁶”.

É nessa medida que se diz que a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, representa o “esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea⁷⁷”. Ela simboliza “o nascimento de uma nova ordem mundial, muito mais comprometida com os direitos fundamentais, que já se incorporou ao direito consuetudinário internacional⁷⁸”.

Ao longo de seus trinta artigos, precedidos de um preâmbulo com sete considerandos, a Declaração proclama: a dignidade da pessoa humana, como pressuposto da liberdade, da justiça e da paz⁷⁹; o ideal democrático, cujo escopo é o progresso econômico, social e cultural⁸⁰; o direito de resistência à opressão; e, finalmente, a concepção comum desses direitos, visto que ninguém possui legitimidade para retirá-los de qualquer cidadão⁸¹.

Flávia Piovesan destaca que o documento inovou ao parificar, em igualdade de importância, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais; e ao afirmar a inter-relação, indivisibilidade e interdependência desses direitos⁸². Inaugurou ele,

⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10. George Marmelstein percebe que: “Ao lado da constitucionalização dos valores ligados à dignidade da pessoa humana, que ocasionou o surgimento dos direitos fundamentais, tem havido, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, um movimento mundial em favor da internacionalização desses valores, com base na crença de que eles seriam universais. Em razão disso, é cada vez mais frequente o aparecimento de tratados internacionais, assinados por inúmeros países, proclamando a proteção internacional de valores ligados à dignidade da pessoa humana e buscando a construção de um padrão ético global.” (*In*: MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 52.).

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 575.

⁷⁶ *Id. Ibid.*, p. 575.

⁷⁷ PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁸ MARMELSTEIN, George, *op. cit.*, p. 52.

⁷⁹ A ideia de dignidade da pessoa humana, tal como foi consagrada na Declaração de 1948, teve em Kant o seu principal teórico. Segundo o filósofo alemão, o homem não pode ser utilizado como meio para se obter determinados fins, vez que possui um valor que lhe é intrínseco e insubstituível: a sua *dignidade*. Nesse sentido, ver: KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2008.

⁸⁰ Verifica-se aqui influência direta da Carta Constitucional Mexicana, de 1917, da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da República Socialista Soviética, de 1918, e da Constituição Alemã de Weimar, de 1919, as quais representaram a reação aos limites dos direitos de cunho meramente individualista, cuja consagração prática não era percebida por grande parte da população, e que não demandavam uma atuação estatal positiva. Sobre essa transição política, veja-se: BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 163.

⁸² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 140.

ainda, a chamada “concepção contemporânea” dos direitos humanos, consoante a qual esses direitos são caracterizados pela “universalidade” e pela “indivisibilidade”⁸³.

A universalidade refere-se à pretensão de aplicação universal dos direitos humanos, baseada na ideia de que ser pessoa é o único requisito para a titularidade de tais direitos. A indivisibilidade, por seu turno, alude ao fato de que a garantia dos direitos civis e políticos é condição necessária para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa, visto que, quando um deles é violado, os demais também o são⁸⁴.

A Declaração Universal esclarece, então, que inexiste hierarquia entre as “espécies” de direitos humanos, segundo a qual uma seria mais importante do que outra. Assim, embora possam ser classificados em “gerações” ou “dimensões”, como tem feito parcela considerável dos estudiosos do assunto⁸⁵, há que se ter em conta que esses direitos não se sucedem ou se substituem; antes se acumulam, se expandem e se fortalecem⁸⁶.

No âmbito do Direito Internacional, a Declaração de 1948 ensejou o desenvolvimento de um sistema normativo de proteção dos direitos humanos. Elevou, ainda, o respeito à dignidade da pessoa humana à condição de pressuposto ineliminável, fortalecendo a ideia de que tal proteção não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porquanto revela tema de legítimo interesse internacional⁸⁷.

Tal concepção acarreta algumas importantes consequências⁸⁸:

⁸³ *Id.* **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

⁸⁴ *Id. Ibid.*, p. 13.

⁸⁵ Baseados em Karel Vasak, esses autores, em sua maioria, elencam três *gerações* ou *dimensões* dos direitos humanos. A *primeira* compreenderia os direitos de *liberdade*, isto é, os direitos civis e políticos, resultantes das declarações liberais; a *segunda* abrangeria os direitos de *igualdade*, ou seja, os direitos econômicos, sociais e culturais, positivados, primeiramente, pela Constituição do México, de 1917, e pela Constituição alemã de Weimar, de 1919; e a *terceira* abarcaria os direitos de *fraternidade*, como o direito ao desenvolvimento e o direito ao meio ambiente equilibrado, previstos na *Declaração Universal* e nos pactos de direitos humanos que lhe seguiram. Há, todavia, quem fale em direitos de *quarta* e até *quinta* *gerações*. Por todos, veja-se BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 575, cap. 16.

⁸⁶ Vejam-se as críticas de CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. 1., 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 43; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45; e MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 57. A respeito do uso da expressão *gerações*, este último afirma que ela “pode induzir à ideia de que o reconhecimento de uma nova geração somente pode ou deve ocorrer quando a geração anterior já estiver madura o suficiente. Isso, obviamente, dificulta bastante o reconhecimento de novos direitos, sobretudo nos países ditos periféricos (em desenvolvimento), onde sequer se conseguiu um nível minimamente satisfatório de maturidade dos direitos de chama 'primeira geração'. Essa ideia poderia gerar a sensação de que somente os países já ricos poderiam se dar ao luxo de oferecer os direitos de segunda geração [...] Por causa disso, a teoria contribui para a atribuição de baixa carga de normatividade e, consequentemente, de efetividade dos direitos sociais, tidos como direitos de segunda geração e, portanto, sem prioridade de implementação”.

⁸⁷ Cf. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1988, p. 41.

⁸⁸ Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.

[...] 1^a. a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas muitas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos – isto é, transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania, centrada no Estado, para uma concepção “kantiana” de soberania, centrada na cidadania universal⁸⁵; e 2^a. A cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direitos⁸⁹.

Assim, com o advento da Declaração de 1948 e a formação dos sistemas global⁹⁰ e regional⁹¹ de proteção, consolida-se o “Direito Internacional dos Direitos Humanos”. Visa ele a “proteger e a promover a dignidade humana em todo o mundo, consagrando uma série de direitos dirigidos a todos os indivíduos sem distinção de qualquer espécie, inclusive de nacionalidade ou do Estado onde a pessoa se encontre⁹²”.

⁸⁹ Hobbes entende que as relações internacionais se desenvolvem tal qual uma guerra de todos contra todos, não havendo quaisquer restrições morais ou legais para que os estados persigam as suas metas. cf. HOBBS, Thomas. **Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil**. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007. Kant, em contrapartida, admite a existência de imperativos morais que devem regular as relações internacionais, propiciando as condições necessárias à realização do objetivo mais elevado da política internacional, isto é, a formação de uma sociedade cosmopolita, cf. KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995. Para um confronto entre as visões hobbesiana e kantiana acerca da ideia de sociedade internacional, confira-se: BULL, Hedley. **A Sociedade Anárquica**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Ed UnB, IPRI; São Paulo: IOESP, 2002., cap. II.

⁹⁰ Sidney Guerra lembra que “O direito internacional clássico não reconhecia a condição da pessoa como sujeito de direito, ao contrário, a visão era extremamente restritiva, sendo deferida essa condição apenas aos Estados, isto é, a sociedade internacional era considerada uma sociedade eminentemente interestatal.” (*In*: GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 413.).

⁹¹ *Id. Ibid.*, p. 641: “Os sistemas regionais visam a promover os direitos humanos em determinadas regiões do mundo, atentando para as respectivas especificidades e beneficiando-se da maior facilidade de promover o consenso entre os Estados participantes. Os sistemas regionais mais conhecidos são o Europeu, o Africano e o Interamericano, do qual o Brasil faz parte. O Sistema Interamericano é administrado pela Organização dos Estados Americanos (OEA). Seus principais órgãos são a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e seu tratado mais importante é a Convenção Americana de Direitos Humanos [...], de 1969”.

⁹² *Id. Ibid.*, p. 630.

2.2 Dificuldades de uma construção conceitual dos direitos humanos

Na segunda parte deste capítulo, pesquisaremos por que a recente valorização dos direitos humanos no plano internacional não tem implicado a sua efetiva observância em todo o mundo. Conforme já se apontou, relatórios recentes da Anistia Internacional e organizações similares registram a ocorrência de torturas, prisões arbitrárias e outras severas agressões aos direitos humanos em todos os continentes.

Não são poucos os desafios a serem superados para que as normas de direitos humanos gozem de um grau minimamente satisfatório de efetividade. No entanto, dada a impossibilidade de tratar de todos eles nesta dissertação, preferimos discutir três das dificuldades inerentes a um aspecto que, embora de significativa importância, ainda não tem recebido a atenção que merece nas discussões sobre a efetivação daqueles direitos.

Ao final da empreitada, demonstraremos que a busca por alternativas que aumentem a efetividade dos direitos humanos pressupõe uma reflexão sobre as razões que justificam moralmente a necessidade deles, isto é, uma discussão sobre a própria fundamentação desses direitos. Caso contrário, será difícil evitar que o apoio às suas normas seja mero artifício retórico⁹³.

2.2.1 O problema semântico

Como ressalta Adrian Sgarbi⁹⁴, parece ser a angústia comum dos juristas fornecer uma única e cabal definição de “direito” que desde logo satisfaça a toda e qualquer dissensão. No entanto, frequentemente estes juristas ignoram de que forma a concepção de linguagem que (consciente ou inconscientemente) adotam promove reflexos em sua compreensão designativa do fenômeno jurídico.

Observando que não deixa de ser surpreendente o grau de dificuldade apontado pelos juristas que se defrontam com a aparentemente simples tarefa de definir o “direito”, Nino⁹⁵ conjectura que o problema decorre, ao menos em parte, da forma como os estudiosos compreendem a relação entre linguagem e realidade. Dentre as várias concepções acerca da

⁹³ “Considerando essa realidade, surge a suspeita de que, em muitos casos, o apoio aos direitos humanos não passe de retórica vazia. Até mesmo ocorre o cinismo de se verem chefes de Estado, cujos regimes são responsáveis por graves violações dos direitos humanos, assumirem funções relevantes em organismos das Nações Unidas que se debruçam sobre o assunto, minando a credibilidade moral dos mesmos.” (In: BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 16.).

⁹⁴ SGARBI, Adrian. **Teoria do direito: primeiras lições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1.

⁹⁵ NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Astrea, 2010, p.11-12.

matéria, duas merecem destaque: o “essencialismo” e o “convencionalismo”⁹⁶.

A visão essencialista (denominada por Hermann Kantorowicz de “realismo verbal”) sustenta que os conceitos refletem a essência das coisas e que as palavras são apenas veículos destas. Defende, ademais, que as expressões linguísticas possuem, via de regra, um sentido⁹⁷ único e independente do contexto em que são empregadas e que pode ser obtido mediante intuição intelectual dos fenômenos que são por elas denotados⁹⁸.

Tal posição (também qualificada como “literalista”) não considerava, de início, a linguagem tal como é utilizada no cotidiano. Sendo assim, segundo Nino, há autores que defendem poder existir somente um único e verdadeiro conceito de direito e que, na busca deste, desconsideram o uso ordinário da expressão, não se preocupando em estipular um significado para a palavra que seja funcional do ponto de vista teórico.

Na verdade, geralmente se observa que grande parte das definições “reais” do direito, ou seja, do fenômeno jurídico considerado em sua “essência”, revelam-se ou excessivamente genéricas e abstratas ou demasiado circunstanciadas. Enquanto no primeiro caso, ainda que aparentemente universais, elas são imprestáveis para precisar os limites de seu objeto, no segundo, a sua particularidade faz que percam seu pretenso caráter universal⁹⁹.

Como consequência dos trabalhos de Ludwig Wittgenstein, John Langshaw Austin e outros expoentes da chamada “filosofia analítica”, entretanto, postulou-se que, não há nenhum “simples e útil acessório de uma palavra chamado 'o significado de [da palavra] 'x'”¹⁰⁰. A relação entre linguagem e realidade varia de acordo com o contexto em que se encontram os sujeitos e é convencionalmente determinada por estes.

Saliente-se, ainda, que, consoante esta corrente de pensamento, as coisas somente têm propriedades essenciais na medida em que os homens façam delas condições necessárias

⁹⁶ Não nos propomos aqui, todavia, a análise detalhada das diversas concepções teóricas que podem ser classificadas sob o rótulo de essencialistas ou convencionalistas. Embora não consideremos que ambas as correntes sejam homogêneas, pretendemos apenas expor as características gerais que lhes são atribuíveis, para demonstrar a relevância que o aludido embate possui no tocante ao problema da indefinição dos direitos humanos.

⁹⁷ Frise-se que, para alguns autores, existe uma distinção entre “sentido” e “significado”: este corresponderia à “quantidade de comunicação que um segmento de linguagem exprime”, ao passo que aquele seria “o valor preciso que adquire o significado abstrato num contexto, numa situação, numa língua, num assunto único” Cf. BAYLON, Christian; FABRE, Paul. **Iniciação à linguística**. Tradução de Telmo Verdelho. Coimbra: Almedina, 1979, p. 184. Em que pese o rigor terminológico, ambos os termos são tomados, neste trabalho, como sinônimos.

⁹⁸ GUERRA, Marcelo Lima. **Competência da Justiça do Trabalho**. Fortaleza: Tear da Memória, 2009, p. 15.

⁹⁹ Como exemplo do primeiro caso, Ferraz Jr. aponta a conhecida afirmação de que o direito é “a intenção firme e constante de dar a cada um o que é seu, não lesar os outros, realizar a justiça”. Como exemplo do segundo, indica as afirmações do tipo: “direito é o conjunto das regras dotadas de coatividade e emanadas do poder constituído” (*In*: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 3).

¹⁰⁰AUSTIN, John Langshaw. The meaning of a word. *In*: **Philosophical papers**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1979.

para o uso de uma palavra. Além disso, ela reputa conveniente a investigação da linguagem ordinária como um meio para descobrir distinções conceituais importantes que pressupomos ter, mesmo que não estejamos inteiramente conscientes delas.

Ferraz Jr. observa, contudo, que o convencionalismo

não implica um relativismo, que é uma posição que pressupõe a concepção essencialista para depois negá-la. Pois não se afirma que a essência é inatingível, mas que a questão da essência não tem sentido. A “essência” de “mesa” não está nem nas coisas nem na própria palavra. Na verdade, “essência” é apenas, ela própria, uma palavra que ganha sentido num contexto linguístico: depende de seu uso. Para os convencionalistas só há um dado irrecusável: os homens comunicam-se, quer queiram quer não (é impossível não se comunicar, pois não se comunicar é comunicar que não se comunica. Essa comunicação admite várias linguagens (falada, por gestos, pictórica, musical etc.). Em consequência, a descrição da realidade depende da linguagem usada, e em casos como o da música pode-se até dizer que a linguagem (musical) e a realidade (musical) se confundem¹⁰¹.

Sobre as vantagens da proposta convencionalista, Nino assevera que:

Deste modo, a caracterização do conceito de direito se deslocará da obscura e vã busca da natureza ou essência do direito para a investigação sobre os critérios vigentes no uso comum para usar a palavra “direito”; e se, prescindindo desta análise, ou através dela, chegamos a conclusão de que nosso sistema teórico requer estipular um significado mais preciso que o ordinário para “direito”, a estipulação não estará guiada por um teste de verdade em relação à captação de essências místicas, mas, sim, por critérios de utilidade teórica e de conveniência para a comunicação¹⁰²[tradução livre].

É preciso ter em mente, portanto, que definir uma palavra, como “direito”, e descrever uma dada “realidade”, como a jurídica, são atividades distintas. Os juristas que não se apercebem disso e se propõem a encontrar a verdadeira essência do “direito”, em detrimento da análise de como o termo é ordinariamente empregado, via de regra, acabam por enredar-se em debates estéreis e artificiais.

Adotando, em sua maioria, uma visão essencialista da teoria da linguagem que sustenta a possibilidade de definições reais, isto é, a ideia de que a definição de um termo deve refletir, em palavras, a coisa referida¹⁰³, os juristas se olvidam de que o termo “direito” não é unívoco. Isso porque a ambiguidade, a vagueza e a carga emotiva a ele associados

¹⁰¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 13.

¹⁰² No original: “[d]e este modo, la caracterización del concepto de derecho se desplazará de la obscura y vana búsqueda de la naturaleza o esencia del derecho a la investigación sobre los criterios vigentes en el uso común para usar la palabra “derecho”; y si, prescindiendo de este análisis, o a través de él, llegamos a la conclusión de que nuestro sistema teórico requiere estipular un significado más preciso que el ordinario para “derecho”, la estipulación no estará guiada por un test de verdad en relación a la captación de esencias místicas sino por criterios de utilidad teórica y de conveniencia para la comunicación” (In: NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**, p 13).

¹⁰³ Cf. FERRAZ JR. **Introdução ao estudo do direito**, p. 14.

possibilitam a identificação de mais de um sentido para o vocábulo.

Vejam, por exemplo, o seguinte grupo de frases: a) “Tenho o direito de ser feliz”; b) “Não há direito em uma comunidade que convive com tantas diferenças sociais”; c) “Estou estudando direito”; d) “O direito brasileiro proíbe, no artigo 345 do Código Penal, a justiça pelas próprias mãos”; e) “Os cidadãos têm o direito de reunir-se pacificamente e sem armas”; f) “Entende-se por direito o ramo do conhecimento que analisa o fenômeno jurídico”.

É evidente que, apesar de o termo “direito” encontrar-se em todos os enunciados, em nenhum deles lhe é mantida a mesma significação. A palavra pode assumir, respectivamente, as acepções de: a) uma posição ou situação emocional subjetiva; b) justiça; c) ramo do conhecimento ou adequação dos esforços de estudo; d) ordenamento jurídico; e) posição ou situação jurídica subjetiva; e f) ramo do conhecimento.

A ambiguidade, que ocorre quando a mesma expressão é utilizada para indicar dois objetos ou fenômenos distintos, é facilmente comprovada, em relação ao termo “direito”, pelos seus diversos empregos possíveis. Sublinhe-se que, nesse caso, a ambiguidade não consiste em uma mera e acidental sinonímia (como a da palavra “banco”), mas, sim, no fato de haver vários significados estreitamente relacionados entre si¹⁰⁴.

Por seu turno, a vagueza, ou seja, a dificuldade de identificar o que se inclui ou não em um significado, pode ser aferida no uso de “direito” em “c”, pois não se sabe ao certo qual a intensidade e a extensão de seu sentido¹⁰⁵. É impossível estabelecer, de modo uniforme, as características que devem estar presentes em todos as situações em que a palavra é utilizada.

A carga emotiva refere-se ao fato de as palavras serem usadas não apenas para descrever determinados objetos, mas também para expressar e provocar emoções (“direito” sugere a ideia de justiça, retidão etc.). Tem-se um problema, contudo, na medida em que os juristas podem ampliar ou restringir o uso do termo para incluir ou excluir de sua denotação os significados que apreciam ou rechaçam¹⁰⁶.

Nesse horizonte, as concepções de “direito” que pretendem identificá-lo, exclusivamente, com um daqueles sentidos elencados enxergam-no como se fosse uma realidade objetiva, isto é, uma existência que independe do observador¹⁰⁷. Desconsideram que o direito é essencialmente mediado pelos processos linguísticos de comunicação intersubjetiva, existindo apenas em uma “realidade institucional”.

¹⁰⁴ Cf. NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**, p 14.

¹⁰⁵ Outros exemplos de palavras vagas são “jovem”, “calvo” e “escuro”. Cf. SGARBI, **Teoria do direito**, p. 8-9.

¹⁰⁶ Cf. NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**, p 16.

¹⁰⁷ Cf. COSTA, Reginaldo da. **Ética e filosofia do direito**. Fortaleza: ABC, 2006, p. 99-115.

Para John Searle, ao contrário dos “fatos brutos”, que são aqueles eventos empíricos que ocorrem independentemente de qualquer instituição humana (a exemplo da chuva), o direito, enquanto “fato institucional”, pressupõe a existência de um sistema de regras linguisticamente criado pelos homens¹⁰⁸. Um casamento, por exemplo, somente existe porque um grupo de seres humanos assim o convencionou¹⁰⁹.

A partir dessas premissas, observa-se que a escolha pelo intérprete de qual sentido deve se conferir à expressão ambígua ou vaga (e mesmo a escolha de qual norma deve se atribuir ao texto legislativo “interpretando”) depende de informações extralinguísticas ou contextuais¹¹⁰. Daí por que a fixação do significado que um texto veicula exige uma justificação da opção realizada pelo intérprete no processo de interpretação.

Ademais, normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos intersubjetivamente a partir da interpretação de textos normativos. Com efeito, afirma Humberto Ávila, “não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”¹¹¹.

Marcelo Guerra oferece um ilustrativo exemplo da distinção de que ora se trata. Imagine-se num cartaz os três enunciados seguintes: “*no smoking*”; “*vietato fumare*”, e, ainda, uma gravura com um cigarro, uma fumacinha e um risco. Dificilmente poder-se-ia sustentar que esses três enunciados expressam três diferentes normas. Por outro lado, não há dúvidas de que são três enunciados diferentes¹¹².

Ávila salienta que em alguns casos, inclusive, há norma mas não há dispositivo. Afinal, pergunta ele, quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Em outros casos, todavia, há dispositivo porém não há norma. Ora, qual norma pode ser construída a partir do enunciado preambular constitucional que prevê a proteção de Deus? Nenhuma¹¹³.

Na mesma linha, Guerra supõe que traduzir o Código Civil Brasileiro para um outro idioma não significa criar um outro conjunto de normas, o que demonstra ser a norma exatamente aquilo que é preservado na tradução de texto, isto é, o seu sentido. Disso decorre,

¹⁰⁸ SEARLE, John. **Speech acts: an essay in the philosophy of language**. Cambridge: Cambridge University Press, 1969. Importa observar que essa distinção, elaborada por Searle, foi claramente inspirada em um artigo da filósofa analítica britânica Elizabeth Anscombe: *On Brute Facts*. **Analysis**, vol.18, no.3, 1958.

¹⁰⁹ É o caso também, *v.g.*, do dinheiro, do contrato de trabalho e do gol em uma partida de futebol.

¹¹⁰ Cf. CARRIÓ, Genaro. **Notas s bre derecho y lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 50.

¹¹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22.

¹¹² GUERRA, Marcelo Lima. **Filosofia da linguagem, ontologia jurídica e as relações possíveis entre legislação e jurisdição**. Manuscrito inédito do autor, p. 4-5.

¹¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, p. 22.

para o jurista, que “a norma é o sentido de uma ação linguística legislativa ou seja, o sentido de uma ação consistente no uso de determinado texto legislativo”¹¹⁴.

Em outras hipóteses, há apenas um dispositivo a partir do qual se constrói mais de uma norma, como o que exige lei para a instituição ou aumento de tributos, a partir do qual se pode chegar aos princípios da legalidade, da tipicidade, entre outros. Ademais, com a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, embora o dispositivo seja mantido, algumas das normas construídas a partir dele são declaradas nulas.

Além disso, como sustenta Ávila, é possível que a consequência estabelecida *prima facie* pela norma deixe de ser aplicada em face de razões consideradas pelo aplicador como superiores àquelas que justificam a própria regra (*rule's purpose*). As razões utilizadas para justificar o descumprimento da regra podem, inclusive, ser baseadas em outras normas (*overruling*)¹¹⁵.

Exemplo disso, para Ávila, ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar suposto crime de estupro contra menor de 14 anos, afastou a norma que prevê a presunção absoluta de violência no caso de vítimas naquela faixa etária. O STF, consoante o autor, atribuiu maior relevância a circunstâncias particulares não previstas pela norma, como o consentimento da vítima e a sua aparência física e mental¹¹⁶.

Nesse horizonte, não é incomum observar uma confusão entre os suportes materiais, os signos gráficos de uma língua natural, com o que tais signos exprimem ou significam, uma vez que

[...] as normas não são os textos, mas os resultados da interpretação dos textos, enfim, da "legislação". Daí que não se interpretam normas, mas se as aplicam, demais de que não se aplicam os textos, mas se os interpretam. Desse modo, e para se evitar atropelos, cumpre esclarecer, desde logo, que não são as normas "objeto" de interpretação, pois elas são o seu "resultado", isto é, as normas se identificam com o "significado dos textos" depois de interpretados, elas são os sentidos decorrente da atividade empreendida pelos intérpretes. Em resumo, antes da interpretação não é possível falar em norma, qualquer norma¹¹⁷.

Consequência principal dessa confusão é tomar a atividade interpretativa como uma tarefa “mecânica”, que “não exigiria maiores esforços do operador do direito no sentido de oferecer razões adequadas para as conclusões que venha a defender, como resultado de sua atividade hermenêutica”¹¹⁸. Nega-se, assim, a decisiva contribuição da subjetividade do

¹¹⁴ GUERRA, Marcelo Lima. **Filosofia da linguagem, ontologia jurídica e as relações possíveis entre legislação e jurisdição**, p. 4-5.

¹¹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, p. 38.

¹¹⁶ *Id. Ibid.*, p. 37.

¹¹⁷ SGARBI, Adrian. **Teoria do direito**, p. 434.

¹¹⁸ GUERRA, Marcelo Lima. **Competência da Justiça do Trabalho**, p. 14.

intérprete na determinação das normas aplicáveis ao caso concreto.

Desse modo, não é difícil entender por que a expressão “direitos humanos” deve ser melhor delimitada. Ora, se a linguagem jurídica também é caracterizada por uma “textura aberta”¹¹⁹, é necessário que o intérprete daquela locução precise o seu significado nos diversos contextos em que ela é utilizada, apresentando, para tanto, as razões que o levaram a optar por um determinado sentido em detrimento de outros¹²⁰.

A variedade de usos da expressão “direitos humanos” indica, claramente, a inexistência de um consenso quanto ao seu sentido, o que, por sua vez, dificulta a universalização da sua prática. A incapacidade de se conseguir garantir a universalização daqueles direitos é acrescida, assim, de uma compreensão cada vez mais difusa do seu significado.

O problema semântico é agravado, ainda, pela percepção de que as declarações normalmente parecem apelar mais à fé do que à razão. A Declaração Universal de 1948, por exemplo, é iniciada por sete considerandos, isto é, “sete consultas ao sideral, aos astros, porque não se consegue dizer de onde é que se tira a ideia de que os homens são iguais em dignidade e direitos, ou livres por natureza¹²¹”

Diante disso é que se percebe a importância de se investigar o que caracteriza os direitos humanos enquanto tais. Tal problema abrange, em suma, a questão de se saber quais motivos justificariam a obrigatoriedade desses direitos, cuidando-se, ainda, da “razão pela qual a ordem jurídica posta deve ser aceita enquanto tal, a fim de que se responda à pergunta: por que este Direito, e não outro?”¹²²

Para alguns teóricos, porém, o estudo dos direitos humanos demanda esforços voltados apenas para a sua aplicabilidade. Nesse grupo, incluem-se tanto os pensadores que consideram o debate sobre os fundamentos desprovido de conteúdo, afirmando que o cerne do tema passaria da busca de uma justificativa para a concretização desses direitos (realistas),

¹¹⁹ Herbert Hart demonstra que todos os conceitos veiculados pela linguagem natural e, por conseguinte, pela linguagem jurídica, possuem uma zona clara de aplicação e uma zona de penumbra, mais ou menos extensa, onde somente o contexto pode determinar se o conceito se aplica ou não. Cf. HART, Herbert L. R. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon, 1994.

¹²⁰ NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**, p 12.

¹²¹ CULLETON, Alfredo. Por que e onde buscar um princípio fundador para os direitos humanos? **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007, p. 58. Por conseguinte, pondera o autor: “No caso daqueles que acreditam em Deus não fica tão difícil reconhecer a igualdade de direitos e dignidade, pois seriam iguais e dignos perante Deus por serem as suas criaturas, ou iguais entre os escolhidos no caso da tradição judaica, assim como para os cidadãos que, perante um Estado, são regidos pela mesma lei, ou os sócios de um clube perante um estatuto, mas, quando não temos nenhum desses elementos, temos que nos perguntar como é possível reconhecer igualdade e dignidade. Mesmo que a ciência nos evidenciasse uma igualdade através de uma estrutura genética básica comum, isso não implicaria o reconhecimento de igualdade de direitos ou dignidade.”

¹²² MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo, Atlas, 2009, p. 7-8.

como os que o reputam inútil, uma vez que seria irresolúvel (positivistas)¹²³.

Norberto Bobbio, por exemplo, defende que problema da fundamentação dos direitos humanos foi resolvido pelo consenso quanto à validade da Declaração Universal de 1948. Sustenta ele, no que é seguido por muitos¹²⁴, ser impossível a busca de um fundamento absoluto para os direitos humanos e que, por serem eles conquistas históricas, não se trataria de encontrar um fundamento, mas os vários fundamentos possíveis¹²⁵.

Em direção contrária, Pérez Luño aponta que:

A certeza de que existem diversos fundamentos possíveis para os direitos humanos não tem por que levar a inferir que todos eles possuem idêntico valor teórico, ou relevância prática. Do mesmo modo que o progresso em uma hipótese ou proposta sobre o 'fundamento melhor' não implica a crença em um fundamento absoluto de validade definitiva. Parte-se aqui, pelo contrário, do pressuposto de que toda justificação racional dos direitos humanos deve considerar-se como contrastável, como 'falseável' no sentido popperiano, ao passo que deve encontrar-se aberta a processos de revisão posteriores¹²⁶.

Realmente, a dificuldade e o fracasso de muitas das tentativas de justificação dos direitos humanos têm sido utilizados para confirmar a impossibilidade de qualquer fundamentação e a própria inexistência de tais direitos. No entanto, para que eles adquiram um valor em si mesmos e tenham não só a validade e a universalidade reconhecidas, mas também a necessidade de seu cumprimento, a fundamentação é imprescindível¹²⁷.

Carlos Nino nota que as agressões aos direitos humanos geralmente são motivadas por objetivos escusos que se veem frustrados pelo respeito àqueles. Em sua maioria, esses interesses são cobertos por “disfarces” ideológicos que somente poderão ser revelados quando se tornar generalizada uma mentalidade que rejeite qualquer concepção de que os seres humanos são meros objetos e não fins em si mesmos¹²⁸.

De acordo com Nino, é pela discussão racional sobre os direitos humanos que se

¹²³ Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La fundamentación de los derechos humanos. **Revista de Estudios Políticos**, Logroño, n. 35, set./out. 1983, p. 7-8.

¹²⁴ Cf., v.g., FARIÑAS DULCE, María José. **Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la 'actitud postmoderna'**. Madrid: Dynkinson, 1997, p. 6.

¹²⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹²⁶ PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 66. No original: “*La constancia de que existen diversos fundamentos posibles de los derechos humanos no tiene porque llevar a inferir que todos ellos poseen idéntico valor teórico, o relevancia práctica. Del mismo modo que el avanzar una conjetura o propuesta sobre 'fundamento mejor' no implica la creencia en un fundamento absoluto de validez definitiva. Se parte aquí, por el contrario, del supuesto de que toda justificación racional de los derechos humanos debe considerarse como contrastable, como 'falsable' en el sentido popperiano, en cuanto debe hallarse abierta a ulteriores procesos de revisión*”.

¹²⁷ Cf. CULLETON, Alfredo. Por que e onde buscar um princípio fundador para os direitos humanos? **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007, p. 58.

¹²⁸ Cf. NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 117, p. 4.

logra satisfatoriamente a formação de uma consciência moral da humanidade acerca do valor desses direitos e da aberração inerente a toda a ação que pretenda desrespeitá-los¹²⁹. No entanto, tal debate exige que se discuta quais argumentos fundamentariam moralmente a necessidade da efetivação dos direitos humanos.

É por isso que Gregorio Robles discorda, acertadamente, da clássica frase de Bobbio que foi citada nas considerações iniciais desta dissertação¹³⁰. Para o jurista espanhol, a colocação deveria ser reformulada para: “o problema prático dos direitos humanos não é o de sua fundamentação, senão o de sua realização; mas o problema teórico dos direitos humanos não é o de sua realização, senão o de sua fundamentação¹³¹” [tradução livre].

Robles elenca, então, algumas razões pelas quais a fundamentação é necessária:

A primeira, porque é absurdo defender alguns valores e não saber porquê. A segunda, porque o referido porquê ou fundamento delimita o conteúdo concreto, em uma ou outra direção, dos direitos humanos. A terceira, porque resulta francamente ridículo e inaceitável que nós, os teóricos, apresentemos teorias sobre os direitos sem fundamentá-las. E, por último, a quarta, porque para levar a prática ditos direitos é preciso, pelo menos, ter ideias claras. À primeira, chamaremos razão ética; à segunda, razão lógica; à terceira, razão teórica; e à quarta, razão pragmática¹³² [tradução livre].

Não é difícil perceber, portanto, que a importância da discussão sobre as possíveis fundamentações e interpretações dos direitos humanos transcende as fronteiras da seara acadêmica¹³³. Tal debate possui, igualmente, relevância prática que se estende aos processos

¹²⁹ NINO, *op. cit.*, p. 5: “[...] a vigência da discussão racional é muito mais ampla que a dos direitos humanos. Até os tiranos mais desavergonhados se veem na necessidade de dar alguma justificação de seu atos e esse intento de justificação, por tosco e hipócrita que seja, abre as portas para a discussão esclarecedora”. No original: “[...] *la vigencia de la discusión racional es mucho más amplia que la de los derechos humanos. Aun los tiranos más desvergonzados se ven en la necesidad de dar alguna justificación de sus actos y ese intento de justificación, por burdo e hipócrita que sea, abre las puertas para la discusión esclarecedora*”.

¹³⁰ Bobbio afirma que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.” (*In*: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 23.).

¹³¹ ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética em la sociedad actual**. Madrid: Civitas, 1992, p. 11. No original: “[...] *el problema práctico de los derechos humanos no es el de su fundamentación, sino el de su realización; per el problema teórico de los derechos humanos no es el de su realización, sino el de su fundamentación*”.

¹³² ROBLES, *op. cit.*, p. 12. No original: “*La primera, porque es absurdo defender unos valores y no saber por qué. La segunda, porque dicho porqué o fundamento delimita el contenido concreto, em una u outra dirección, de los derechos humanos. La tercera, porque resulta francamente ridículo e inacceptable que nosotros, los teóricos, presentemos teorías sobre los derechos sin fundamentarlas. Y, por último, la cuarta, porque para llevar a la práctica dichos derechos es preciso, por lo menos, tener ideas claras. A la primera la llamaremos la razón ética, a la segunda la razón lógica, a la tercera la razón teórica y a la cuarta la razón pragmática.*”

¹³³ Heiner Bielefeldt exemplifica como aparentes diferenças abstratas da interpretação teórica dos direitos humanos podem acobertar conflitos políticos concretos: “Se, de um lado, o direito ao trabalho encontra dificuldade de reconhecimento na concepção liberal de direitos humanos, por outro, em concepções socialistas, o direito à propriedade somente é aceito com fortes restrições. Interpretações comunitaristas, que derivam os direitos humanos de um contexto histórico-político e social concerto, tenderão provavelmente à valorização da ordem de valores éticos tradicionais, em detrimento dos direitos individuais, contrastando, assim, com o

de normatização e implementação concreta desses direitos, razão pela qual é pressuposto para que os desafios que lhes dificultam a efetivação possam ser superados.

2.2.2 *O problema cultural*

O pluralismo cultural deriva diretamente do processo de fragmentação da unidade religiosa na Idade Média. Com a Reforma Protestante, que rompeu a hegemonia política e espiritual da Igreja Católica no século XVI, as controvérsias sobre a tolerância religiosa ensejaram novas interpretações acerca da liberdade, fomentando-se o Iluminismo e o Liberalismo Político¹³⁴.

Consequência paradoxal da globalização¹³⁵, a percepção da ausência de limites do planeta e da humanidade não tem produzido, como já se imaginou, uma homogeneização cultural. Ao contrário, tem impulsionado a familiaridade com a miríade de culturas¹³⁶ locais e aumentado, simultaneamente, a consciência de que o mundo é uma localidade única, de sorte que os choques culturais são inevitáveis¹³⁷.

pensamento clássico-liberal individualista [...] Fundamentações exclusivamente cristãs ou islâmicas dos direitos humanos podem levar a que se tratem minorias religiosas (ou não-religiosas) no âmbito da tolerância confessional e não pelo princípio da plena igualdade de direitos. Enquanto isso, concepções laicas podem tender a colocar atividades religiosas sob suspeita de serem reação política e, através de interpretação restritiva da liberdade religiosa, tentar bani-las da vida pública.” (In: BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**: fundamentos de um ethos de liberdade universal. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p.19.).

¹³⁴ Cf. RAWLS, John. **Liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 30. Gregorio Robles afirma que a sociedade medieval também era *plural*, mas seu pluralismo era unicamente social e não ideológico, isto é, apesar de terem havido disputas ideológicas naquela época, todas se mantinham dentro do contexto da mesma fé religiosa, além de não serem objeto de vivência da coletividade. Cf. ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual**. Madrid: Civitas, 1992, p. 135.

¹³⁵ Para Boaventura de Souza Santos, a globalização é “o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de considerar como sendo local outra condição social ou entidade rival”. O sociólogo adverte, ainda, que não existe “uma entidade única chamada globalização, mas, em vez disso, globalizações, termo que, a rigor, só deveria ser usado no plural e que, como feixes de relações sociais, envolvem conflitos, vencedores e vencidos.” (In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos: o desafio da interculturalidade**. **Direitos Humanos**, Brasília, n. 2, jun. 2009, p. 12.).

¹³⁶ Em que pese a imprecisão conceitual, a *cultura* pode ser genericamente concebida como o conjunto satisfatoriamente padronizado e coerente de ideias que constituem a visão de mundo e de si mesmo de um dado povo, cf. MAYBURY-LEWIS, David. A antropologia numa era de confusão. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Bauru, v.17. n. 50, 2002, p. 18.

¹³⁷ Cf. CARBONELL, Miguel. Constitucionalismo y multiculturalismo. **Derecho y cultura**, Ciudad de México, n. 13, jan./abr. 2004, p. 23. María José Dulce Fariñas sintetiza o paradoxo afirmando que “vivemos todos em 'aldeia mundial comum', mas estamos condenados, como uma bela torre de Babel, a conviver com linguagens diferentes. Vivemos em um mundo tão 'globalizado' como 'localizado'. A dificuldade radica em conseguir o desejado equilíbrio da nova 'universalidade diferenciada'” [tradução livre]. No original: “vivimos todos em una común aldeamundial' global, pero estamos condenados, cual una hermosa torre de Babel, a convivir con lenguajes diferentes. Vivimos em un mundo tan 'globalizado' como 'localizado'. La dificultad radica em conseguir el deseado equilibrio de la nueva 'universalidad diferenciada'.” (In: FARIÑAS DULCE, María José. **Los derechos humanos**: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la 'actitud postmoderna'. Madrid: Dynkinson, 1997, p. 12-13.).

Nessa linha, Samuel Huntington critica a ideia de uma “civilização universal”. Três argumentos a sustentariam: o primeiro é o de que a derrocada do comunismo soviético significou o fim da história e vitória universal da democracia liberal. O segundo é o de que as crescentes interações entre os povos origina uma cultura mundial comum. O terceiro é o de que tal civilização decorre de um processo de modernização iniciado já no século XVIII¹³⁸.

Huntington refuta a primeira tese afirmando que, após a Guerra Fria, subsistiram outras alternativas ao regime soviético, como o “comunismo de mercado” chinês. A segunda é questionada em vista do número de conflitos que ainda hoje se desenrolam, evidências de que as identidades civilizacionais próprias é que vem ganhando força. A terceira, por fim, não permite inferir seguramente que as sociedades caminham para a homogeneidade¹³⁹.

Como resultado desse fenômeno, Ângela Kretschmann verifica que:

Os problemas envolvendo os Direitos Humanos tornaram-se, com isso, também mais evidentes, tanto pela recusa de algumas civilizações de compatibilização e mesmo compartilhamento da possibilidade do discurso dos Direitos Humanos, quanto pela construção de um contradiscurso, que servirá para fundamentar a própria luta de grupos fundamentalistas, luta que se dirige não apenas contra o imperialismo ocidental, a modernidade ocidental, mas basicamente, contra a globalização da cultura ocidental¹⁴⁰.

Esses aspectos têm se tornado cada vez mais evidentes na América Latina com o chamado “novo constitucionalismo latino-americano”. Em constituições como as da Colômbia, de 1991, da Venezuela, de 1999, da Bolívia, de 2008 e do Equador, de 2009, é patente a ênfase conferida à valorização de grupos étnicos dos respectivos países a fim de assegurar-lhes uma convivência multicultural pacífica.

Com efeito, segundo Raquel Coelho,

[...] a afirmação da democracia na América Latina, diante do padrão democrático que lhe era imposto, passou a requerer mudança de fatores que permitissem um avanço democrático mais significativo. Fatores como patrimonialismo, latifúndio, ausência de distribuição de riquezas, inexperiência com governos democráticos mais apropriados para a região, importação de valores sócio-jurídicos adequados, dificuldades legais e políticas de se coibir os abusos do poder, dificuldade de uma integração econômica Latino Americana, ou de uma economia que trouxesse

¹³⁸ HUNTINGTON, Samuel. **The clash of civilizations and the remaking of world order**. New York: Touchstone, 1997, p. 68-72 e 78.

¹³⁹ HUNTINGTON, Samuel. *op. cit.*, p. 68-72 e 78.

¹⁴⁰ KRETSCHMANN, Ângela. **Universalidade dos direitos humanos e diálogo na complexidade de um mundo multicivilizacional**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 323. Heiner Bielefeldt observa que “a mobilidade e a volatilidade da vida moderna implicam-nos uma confrontação diária muito mais direta com pessoas de diferentes sistemas de crenças ou formas de vida. Nessa situação de crescente pluralismo, torna-se cada vez mais difícil determinar normativamente a coexistência social simplesmente recorrendo à autoridade inquestionável de valores coletivos, de leis de costume, de tradições religiosas predominantes ou de uma compreensão compartilhada de o que significa uma boa vida.” BIELEFELDT, Heiner. Os direitos humanos num mundo pluralista. Tradução de Bruno Cunha Weyne. **Pensar**, Fortaleza, v. 13, n. 2, p.167-175, jul./dez. 2008, p. 169.

benefícios a todos, e a presença de um militarismo persistente, comprovaram não apenas os problemas internos de se romper com as elites políticas e econômicas que impediram a ampliação dos benefícios democráticos, como também demonstravam uma dependência maior dos países latino americanos a uma ordem democrática mais globalizada que precisava ser modificada para atender aos interesses e valores locais¹⁴¹.

A necessidade de modificar a ordem democrática conduziu a um processo paralelo de integração transnacional entre os países da América Latina, notadamente da América do Sul, que culminou na criação da União de Nações Sul-americanas (UNASUL)¹⁴². Além da característica multiculturalista proposta no âmbito interno dos países, a proposta de integração no continente também guarda muitos aspectos do novo constitucionalismo latino-americano.

A vigente constituição boliviana, por exemplo, reconhece aos seus 36 “povos originários” (aqueles que viviam na Bolívia antes da chegada dos europeus) o direito de participarem ampla e efetivamente em todos os níveis do poder estatal e na economia. Ela prevê, ainda, uma cota de parlamentares oriundos dos povos indígenas e estabelece a equivalência entre a justiça tradicional indígena e a justiça ordinária do país¹⁴³.

Em um Estado “plurinacional”, como o boliviano, considera-se a democracia participativa como a base da democracia representativa e se garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo os valores tradicionais dos diversos grupos étnicos e culturais existentes. Busca-se, enfim, superar as bases uniformizadoras do Estado Nacional de feições modernas¹⁴⁴.

O pluralismo cultural constitui-se, então, como “aspecto essencial no novo emaranhado do debate acerca dos direitos humanos”¹⁴⁵ e sua ignorância, acredita-se, compromete a viabilidade de qualquer medida que vise à efetivação desses direitos. Não por acaso, é nessa seara que se situa uma das mais instigantes discussões da teoria dos direitos humanos, qual seja, o confronto entre o universalismo e o relativismo cultural¹⁴⁶.

¹⁴¹ CESAR, Raquel Coelho Lenz. A UNASUL e o processo de integração latino-americano. *In: A construção jurídica da UNASUL*. CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana Oliveira *et al* (Org). Florianópolis: Editora da UFSC, 2011., p. 17.

¹⁴² O tratado constitutivo da UNASUL foi aprovado no dia 23 de maio de 2008, em Brasília, durante Reunião Extraordinária de Chefes de Estado e de Governo. O documento encontra-se disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/americado-sul-e-integracao-regional/unasul/tratado-constitutivo-da-unasul>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

¹⁴³ Assim, cada comunidade indígena poderá ter o seu próprio “tribunal”, com juízes que, eleitos entre os moradores, não poderão ter as suas decisões revisadas pela justiça comum.

¹⁴⁴ Cf. MAGALHAES, José Luiz Quadros. **Estado plurinacional e direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 29.

¹⁴⁵ BIELEFELDT, Heiner, *op. cit.*, p. 21.

¹⁴⁶ Não se propõe aqui, todavia, a análise detalhada das diversas concepções teóricas que se agregam sob a alcunha de *universalistas* ou *relativistas*. Conquanto não se considere que ambas as correntes sejam *homogêneas*, pretende-se apenas expor as características gerais que se lhes podem atribuir, para que se tenha uma dimensão da relevância que o aludido embate possui em relação ao problema da efetivação dos direitos

A questão da característica “universal” ou “relativa” dos direitos plasmados nas declarações internacionais de direitos humanos tem sido motivo de discórdia desde o início de seu movimento de internacionalização. Coloca-se a alternativa frequentemente de forma distinta, mas relacionada, como, por exemplo, “direitos absolutos” (comparados a universais) opostos a “contingentes” (comparados a relativos)¹⁴⁷.

Importa destacar que a “universalidade” possui significados diversos de acordo com o prisma pela qual seja examinada. No plano lógico, refere-se a direitos que tem por titulares todos os seres humanos, marcados pela racionalidade e a abstração. No plano temporal, supõe que eles são válidos em qualquer momento da história. No plano espacial, é entendida como a extensão da cultura dos direitos humanos a todas as sociedades políticas¹⁴⁸.

Os defensores do universalismo, em geral, propugnam que os direitos humanos decorrem da dignidade da pessoa humana, inerente a todos os seres humanos, sem exceções. Sendo assim, ainda que se possa discutir que alcance esses direitos possuem, existe, certamente, um mínimo ético irredutível que não pode, sob nenhuma hipótese, ser reduzido ou vilipendiado.

Peces-Barba enumera algumas das principais teses universalistas:

1) Com o requisito de ser humano se é titular dos direitos humanos, e basta somente essa condição em qualquer contexto e circunstância. 2) Os direitos não se situam no âmbito do Direito positivo, o que suporia uma contextualização e uma diferença de acordo com o teor de cada sistema jurídico. São excludentes, para esta tese, a universalidade dos direitos e sua atribuição a sujeitos de um Ordenamento jurídico concreto. 3) O âmbito dos direitos é o da ética, são uma moralidade e por isso propugnam a denominação de direitos morais para assegurarem esse valor universal. 4) A descontextualização dos direitos os desvincula de instituições éticas concretas, de culturas históricas, e de escolas filosóficas ou religiosas [...] ¹⁴⁹[tradução livre].

Os relativistas, em contrapartida, posicionam-se de maneira cética e, em alguns casos, até mesmo contrária à ideia de direitos humanos¹⁵⁰. Defendem que a noção de

humanos.

¹⁴⁷ Cf. KRETSCHMANN, Ângela, *op. cit.*, p. 340.

¹⁴⁸ Cf. PECES-BARBA, Gregorio. La universalidad de los derechos humanos. In: **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Madrid: Biblioteca Miguel de Cervantes, n. 15-16, 1994, p. 614-615.

¹⁴⁹ No original: “1. Con el requisito de ser humano se es titular de los derechos humanos, y basta sólo con esa condición en cualquier contexto y circunstancia. 2. Los derechos no se sitúan en el ámbito del Derecho positivo, lo que supondría una contextualización y una diferencia de acuerdo con el tenor de cada sistema jurídico. Son excluyentes, par esta tesis, la universalidad de los derechos y su atribución a sujetos de un ordenamiento jurídico concreto. 3. El ámbito de los derechos es él de la ética, son una moralida y por eso propugnan la denominación de derechos morales para asegurarse esse valor universal. 4. La descontextualización de los derechos les desvincula de instituciones éticas concretas, de culturas históricas, y de escuelas filosóficas o religiosas [...]” (In: PECES-BARBA, *op. cit.*, p. 616.).

¹⁵⁰ Cf. FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 98.

direitos está intimamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural e social vigente em determinada sociedade, de maneira que não haveria uma moral universal, porquanto cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos humanos.

Em síntese, pode-se dizer que para os relativistas

“[...] as sociedades adotam diferentes sistemas de crenças morais dependendo de sua história, tradições, circunstâncias geográficas e visões de mundo – não existindo modo de julgá-las pois não há critério objetivo e universal avaliável para tal propósito. Apesar disso, os relativistas admitem que diferentes sistemas de crenças às vezes podem convergir e concordar com um corpo de valores, o que seria mera coincidência e não implica um consenso, ou que existam crenças que ultrapassam as culturas e são ditadas pela natureza humana, ou verdade universal¹⁵¹.

Entre as várias objeções levantadas pelos críticos do universalismo, Heiner Bielefeldt sublinha que, para alguns, os direitos humanos são vistos como uma manifestação exclusiva da cultura ocidental. Dessa forma, considerando que o conceito de direitos humanos emergiu historicamente na Europa, a sua reivindicação por uma validade universal inerente significaria uma forma moderna de imperialismo cultural¹⁵².

O segundo argumento destacado pelo autor baseia-se no pressuposto de que os direitos humanos são essencialmente individualistas e, logo, incompatíveis com o espírito ético predominantemente comunitário de outras culturas não-ocidentais. Por último, o foco antropocêntrico de tais direitos os tornaria inaplicáveis aos povos ou às culturas que possuem uma visão de mundo teocêntrica ou cristocêntrica¹⁵³.

Em sentido oposto, Bhikhu Parekh denuncia as fragilidades das principais ideias relativistas. Primeiramente, aponta a ambiguidade quanto ao fundamento da relatividade das crenças morais, que ora se situa na cultura, ora se situa na sociedade. Em segundo lugar, assevera que alguns valores existem em todas as sociedades, e um amplo consenso sobre eles já existe ou, ao menos, pode ser garantido¹⁵⁴.

Parekh pondera, ainda, que nem sempre as crenças e práticas de uma sociedade são boas para seus membros. Para ele, quando as pessoas crescem envolvidas por um específico conjunto de crenças e práticas, geralmente se sentem vinculadas a ele. Não raro, esses costumes são interessantes somente para uma parte da sociedade, sendo aceitos pelas

¹⁵¹ KRETSCHMANN, Ângela. **Universalidade dos direitos humanos e diálogo na complexidade de um mundo multicivilizacional**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 341.

¹⁵² BIELEFELDT, Heiner. Os direitos humanos num mundo pluralista. Tradução de Bruno Cunha Weyne. **Pensar**, Fortaleza, v. 13, n. 2, p.167-175, jul./dez. 2008, p. 167.

¹⁵³ *Id. Ibid.*, 2008, p. 167. Nessa obra, contudo, o autor procede à refutação de cada um dos argumentos levantados contra o universalismo.

¹⁵⁴ PAREKH, Bhikhu. Non-ethnocentric universalism. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. (Org.). **Human rights in global politics**. New York: Cambridge University, 2001, p. 134-135.

outras pessoas apenas por medo das consequências de seu descumprimento¹⁵⁵.

Na busca de uma teoria que supere as limitações do universalismo e do relativismo, têm ganhado força algumas concepções multiculturais dos direitos humanos¹⁵⁶. Boaventura de Sousa Santos, por exemplo, parte da premissa de que todas as culturas possuem visões distintas e incompletas da dignidade humana, de modo que a construção de um multiculturalismo “emancipatório” decorreria de um diálogo intercultural¹⁵⁷.

Nessa medida, Samantha Dobrowolski percebe que:

[...] à Constituição são lançadas exigências paradoxais, exacerbadas nos momentos de sua concretização prática: de um lado, deve respeitar a impossibilidade de congelamento perene dos sentidos e possibilidades, associada à abertura ao novo e ao indeterminado, ao pluralismo, à diversidade e ao dissenso, inclusive intergeracional, e às manifestações da autonomia humana, que constituem a própria essência da democracia. De outro, deve oferecer à sociedade a que serve os mecanismos necessários à estabilização dos conflitos e à coordenação das ações e à domesticação da complexidade e da contingência que advêm da indeterminação da democracia, que são pressupostos para a integração requerida pela vivência social. Dito de outro modo: da Constituição, exige-se transite, de forma conciliatória e equilibrada, entre as expressões da soberania popular, com sua ínsita possibilidade de constante reinvenção, e os consensos parciais e cesuras necessárias à existência social, usualmente institucionalizados sob a forma de direitos fundamentais e procedimentos jurídico-políticos¹⁵⁸.

Problema intrínseco à tese de que se deve buscar denominadores comuns na orientação axiológica das diferentes culturas globais é o de que o catálogo normativo daí advindo queda-se muito aquém do rol de direitos humanos “válidos” atualmente¹⁵⁹. Reduzida a um consenso mínimo intercultural, como tal proposta poderia reforçar a validade e a necessidade de efetivação das inúmeras normas previstas pelos tratados de direitos humanos?

¹⁵⁵ *Id. Ibid.*, p. 135. Provavelmente, é o que ocorre em muitos, se não todos, os governos ditatoriais.

¹⁵⁶ Em direção similar, v. o universalismo pluralista de Bhikhu Parekh (cf. *op. cit.*, p. 139-140.); e o universalismo de confluência de Joaquín Herrera Flores (cf. FLORES, Joaquín Herrera. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*. Tradução de Carol Proner. **Seqüência**, Florianópolis, v. 23, n. 44, jul. 2002.). Note-se aqui a distinção entre um uso meramente descritivo do termo “multiculturalismo”, (sinônimo de “pluralismo cultural”), e um uso do termo enquanto posição normativa específica.

¹⁵⁷ “[...] todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana. Se cada cultura fosse tão completa como se julga, existiria apenas uma só cultura. Aumentar a consciência de incompletude cultural é uma das tarefas prévias à construção de uma concepção multicultural de Direitos Humanos.” (In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direitos Humanos: o desafio da interculturalidade*. **Direitos Humanos**, Brasília, n. 2, jun. 2009, p. 14.).

¹⁵⁸ DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da constituição na democracia contemporânea**: entre soberania popular e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 276.

¹⁵⁹ Cf. BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**: fundamentos de um ethos de liberdade universal. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 26.

2.2.3 O problema jurisdicional

O exame do desenvolvimento histórico dos direitos humanos demonstra que não foi curto o itinerário percorrido até que suas normas gozassem do atual reconhecimento¹⁶⁰. Até poucas décadas atrás, o Direito das Gentes regulava somente as relações entre Estados soberanos, ao passo que os indivíduos, quando muito, objetos de tratados bilaterais, não eram considerados titulares de quaisquer direitos no plano internacional¹⁶¹.

Com o fortalecimento da ideia de que os direitos humanos precisam ser respeitados, surge a necessidade de se definir que providências devem ser tomadas em face dos Estados que assim não procedem (seja porque se recusam a reconhecê-los, seja porque não possuem condições socioeconômicas para tanto). Demandam-se, então, instrumentos que assegurem a exigibilidade judicial desses direitos.

Nessa toada, Norberto Bobbio lembra que os direitos humanos somente poderão ser protegidos quando uma “jurisdição internacional se impuser concretamente sobre as jurisdições nacionais, deixando de operar dentro dos Estados, mas contra os Estados e em defesa dos cidadãos¹⁶²”. Ocorre que a viabilidade de tal jurisdição¹⁶³ envolve diversas questões tormentosas que nem sempre são discutidas com a devida atenção.

Pode-se mencionar, inicialmente, a controvérsia relativa ao dever de não intervenção estatal¹⁶⁴. Considerada um corolário do direito de soberania, outrora reputado

¹⁶⁰ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁶¹ Para Bielefeldt, o reconhecimento dos direitos humanos como parte do Direito Internacional caracteriza uma “velada revolução”. Cf. BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 13.

¹⁶² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 25-47. Carlos Nino assevera que o reconhecimento constitucional dos direitos humanos tem o mérito de inibir as agressões que provêm de particulares que não integram o aparato estatal. No entanto, ressalta ele que a pior violação é “a que envolve o próprio núcleo da maquinaria que concentra o monopólio da coação ou supõe a ingerência de potências estrangeiras. Frente a este tipo de lesões aos direitos, é praticamente vã sua homologação pelo direito positivo, já que as respectivas normas perdem vigência com a mesma violação generalizada e impune e são geralmente substituídas por outras que amparam judicialmente tais lesões” [tradução livre]. No original: “[...] *la que o bien involucra al núcleo mismo de la maquinaria que concentra el monopolio de la coacción o supone la injerencia de potencias extranjeras. Frente a este tipo de lesiones a los derechos es prácticamente vana su homologación por el derecho positivo, ya que las normas respectivas pierden vigencia con la misma violación generalizada e impune y son generalmente reemplazadas por otras que amparar, jurídicamente tales lesiones.*” (In: NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*, p. 3.).

¹⁶³ Entende-se aqui por *jurisdição* “a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível”, cf. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM. v. 1, p. 65.

¹⁶⁴ A regra foi consagrada pela primeira vez no artigo 8 da *Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados*, assinada em 1933, em Montevidéu, Uruguai, o qual estabelece que “nenhum Estado possui o direito de intervir em assuntos internos ou externos de outro.” Documento disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dirdeestados.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2014. No âmbito doutrinário, é provável que Kant tenha sido o primeiro autor a enunciar esse dever, cf. KANT, Immanuel. **À paz perpétua e**

como absoluto, esta regra do Direito Internacional proíbe não só a atuação de forças armadas estrangeiras, mas também qualquer outra forma de interferência que atente contra a personalidade do Estado e os elementos políticos, econômicos e culturais que o constituem¹⁶⁵.

No entanto, em virtude do crescente valor que se tem atribuído à proteção dos direitos humanos, o dever de não-intervenção tem sido excepcionado. A Carta da ONU autoriza expressamente a intervenção no caso de ações que tenham por objetivo manter ou a restaurar a paz e a segurança internacionais¹⁶⁶, entre as quais se incluem as chamadas “intervenções humanitárias”¹⁶⁷.

O problema é que algumas dessas ações parecem camuflar interesses políticos, econômicos e militares de determinados Estados sob o pretexto de protegerem e promoverem os direitos humanos¹⁶⁸. A ausência de critérios precisos no que se refere a quando, como e por que as intervenções devem ser realizadas concede, assim, uma larga margem a que o uso da força acarrete problemas ainda mais graves do que aqueles que pretende solucionar.

Questão não menos delicada é a que concerne ao conflito entre a integralidade e a universalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. Em virtude do descompasso entre as particularidades de cada Estado, as quais muitas vezes inviabilizam um consenso entre eles, é frequentemente necessário firmar compromissos que não obriguem totalmente as partes envolvidas.

Por meio das reservas é que tais compromissos podem ser celebrados. A Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, de 1969, define esse instrumento como uma declaração unilateral “feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado”¹⁶⁹.

A Convenção de Viena estabelece, entretanto, que a parte não poderá opor reserva

outros opúsculos. Lisboa: Edições 70, 1995.

¹⁶⁵ Embora reconheça não haver unanimidade quanto ao conceito de *intervenção*, Celso D. de Albuquerque Mello enumera os elementos que, quando reunidos, a caracterizam: a) estado de paz; b) ingerência nos assuntos internos ou externos; c) forma compulsória desta ingerência; d) finalidade de o autor da intervenção impor a sua vontade; e) ausência de consentimento de quem sofre a intervenção. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 491-492.

¹⁶⁶ Ver o capítulo VII do documento. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

¹⁶⁷ Essa modalidade de intervenção apresenta-se como um meio de aplicação do *Direito Internacional Humanitário*, que “visa a reduzir a violência inerente aos conflitos armados, limitando o impacto das hostilidades por meio da proteção de um mínimo de direitos inerentes à pessoa humana e pela regulamentação da assistência às vítimas das guerras, externas ou internas.” (In: PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 717.).

¹⁶⁸ Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *op. cit.*, p. 496. Exemplos de intervenções polêmicas foram a missão humanitária na Somália, em 1992, a invasão do Iraque, em 2003, e a recente ação militar operada na Líbia.

¹⁶⁹ Artigo 2, §1º, “d”. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2014.

quando esta for proibida pelo tratado, ou se for relativa a dispositivos sobre os quais o próprio tratado proíba reservas, ou, ainda, caso seja incompatível com a finalidade e o objeto do documento¹⁷⁰. Em regra, os próprios tratados regulam a formulação das reservas, podendo, inclusive, determinar que estas se sujeitem à aceitação pelas demais partes.

Sem embargo, observa-se que tais restrições nem sempre impedem que um tratado seja ratificado com reservas que comprometem a sua aplicação no âmbito de um Estado. Em relação ao Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos¹⁷¹, por exemplo, os Estados Unidos apresentaram nada menos que cinco reservas, cinco entendimentos e quatro declarações, algumas das quais vão de encontro às principais disposições do instrumento¹⁷².

Merecem destaque as reservas que se opõem às provisões do Pacto relativas à pena de morte e ao tratamento cruel, humano ou degradante; e os entendimentos que versam sobre a igualdade de proteção e a indenização decorrente de prisões ilegais. Em uma das declarações, os Estados Unidos afirmam, ainda, não considerarem os direitos protegidos pelos artigos 1º a 27 do Pacto como autoexecutórios¹⁷³.

Em relação à legitimidade de uma jurisdição internacional dos direitos humanos, cumpre analisar, ainda, a situação dos sistemas regionais de proteção desses direitos. Embora se constatem, sobretudo no europeu, experiências exitosas quanto à justiciabilidade¹⁷⁴, os demais sistemas padecem de insuficiências relativas ao alcance e à capacidade sancionatória de suas decisões, dentre outros fatores.

Ilustra a observação o fato de que, diferentemente do que ocorre no sistema europeu, o sistema interamericano não prevê a possibilidade de que indivíduos, grupos de indivíduos ou ONGs litiguem diretamente à Corte Interamericana de Direitos Humanos quando seus direitos forem violados por um determinado Estado. Nesses casos, é preciso que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos seja previamente provocada¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Cf. artigo 19 do documento.

¹⁷¹ Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2014.

¹⁷² Cf. UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. **International Covenant on Civil and Political Rights**. New York, 6 jul. 2014. Disponível em: <<http://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-4.en.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2014.

¹⁷³ Para uma análise das implicações dessas reservas, ver: ASH, Kristina. U.S. reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: credibility maximization and global influence. **Northwestern University Journal of International Human Right**, Chicago, v. 3, 2005. Disponível em: <<http://www.law.northwestern.edu/journals/jihr/v3/7/Ash.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2014.

¹⁷⁴ “A despeito da proteção universal ou global dos direitos humanos, verifica-se que a proteção aos direitos humanos através de instituições de âmbito regional tem-se revelado mais positiva, na medida em que os Estados situados num mesmo contexto geográfico, histórico e cultural têm maior probabilidade de transpor os obstáculos que se apresentam em âmbito mundial.” (In: GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 454.).

¹⁷⁵ Veja-se o capítulo VII da *Convenção Americana*, adotada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic3.American%20Convention.htm>>. Acesso

Além disso, no tocante aos direitos sociais, econômicos e culturais, a Convenção Americana não institui de forma clara os mecanismos pelos quais eles seriam protegidos. Apesar de ter elencado diversos direitos, o Protocolo de San Salvador, adicional à Convenção, permite que apenas dois deles sejam objetos de petição inicial dirigida à Comissão Interamericana: o direito à educação e o direito à liberdade sindical¹⁷⁶.

O sistema africano, contudo, apresenta entraves ainda maiores à proteção dos direitos humanos. Sidney Guerra elenca alguns dos problemas que obstaculizam a efetivação da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos¹⁷⁷: a falta de recursos financeiros; a falta de interesse político por alguns Estados; a falta de maturidade política; a falta de unidade; e a falta de desenvolvimento da cultura dos direitos humanos¹⁷⁸.

Com base no exposto, é preciso ter em mente que as dificuldades de se legitimar uma jurisdição internacional dos direitos humanos não indicam apenas a existência de diferentes estágios de proteção desses direitos¹⁷⁹. Mais do que isso, porém, apontam que há uma pluralidade de visões sobre o que representam os direitos humanos que, por vezes, não é levada em consideração.

Diante dos óbices que se apresentam à realização material dos direitos humanos, é imperiosa a busca de uma alternativa que não se restrinja às medidas políticas que se tem tomado. O fato é que, apesar dos inegáveis avanços, nem a incorporação de suas normas pelo direito interno, nem a criação de órgãos internacionais que fiscalizem sua observância têm sido suficientes para assegurar-lhes a efetividade.

em: 10 jul. 2014.

¹⁷⁶ Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acesso em: 10 jul. 2014. Vide artigo 19, § 6º.

¹⁷⁷ Adotada em Nairobi, Quênia, em 27 de junho de 1981. Disponível em: <http://www.africa-union.org/Official_documents/Treaties_%20Conventions_%20Protocols/Banjul%20Charter.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.

¹⁷⁸ O autor lembra, ainda, que a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos somente produzirá os efeitos que dela se esperam quando seus Estados-Partes adotarem uma série de medidas legislativas que, em sua maioria, dependem basicamente do desenvolvimento do direito interno de cada um deles. Cf. GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 472-474. Flávia Piovesan inclui nesse rol a necessidade de se conferir acesso direto à Corte Africana por indivíduos e ONGs. Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 132. Para tanto, os Estados interessados devem formular declaração aceitando tal competência por parte da Corte Africana, cf. artigos 5º, § 3º, e 34, § 6º, do Protocolo à Carta Africana, disponível em: <http://www.africa-union.org/Official_documents/Treaties_%20Conventions_%20Protocols/africancourt-humanrights.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.

¹⁷⁹ DAUDT, Gabriel Pithan. **Reservas aos tratados internacionais de direitos humanos: o conflito entre a eficácia e a promoção dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 17.

3 SOBRE OS PRESSUPOSTOS E OS ELEMENTOS DE UMA TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE

3.1 Pressupostos da teoria da justiça de John Rawls

Considerando que o escopo central desta dissertação é verificar em que medida a concepção de direitos humanos de John Rawls oferece subsídios para a superação dos desafios à efetivação desses direitos, é imprescindível analisar, ainda que sucintamente, os aspectos mais relevantes da sua teoria da justiça. Não é outro, portanto, o objetivo deste capítulo, e é para melhor alcançá-lo que ele será dividido em duas partes.

Nesta primeira parte, apresentaremos os pressupostos gerais do modelo teórico proposto por Rawls¹⁸⁰. Sendo assim, observaremos que circunstâncias ensejam a necessidade de um paradigma de justiça e que condições possibilitam a sua definição, tais como: o conflito de interesses na sociedade, as faculdades morais do ser humano e, por fim, a sua crítica ao utilitarismo.

Vale ressaltar, porém, que não pretendemos aqui subscrever cegamente as ideias de Rawls, porquanto se os elogios a sua doutrina são numerosos, as críticas que se lhe dirigem também o são. Dessa forma, entendendo-se que algumas das objeções constituem ferramenta imprescindível para que se avalie qual o efetivo contributo de sua teoria da justiça como equidade, elas serão levadas em conta ao longo de todo o capítulo¹⁸¹.

¹⁸⁰ Para tanto, as principais referências bibliográficas utilizadas foram as seguintes obras de Rawls: *A theory of justice* (1971), *Political liberalism* (1993) e *Justice as fairness: a restatement* (2002). Para as citações originais das obras mencionadas, serão utilizadas as seguintes edições: RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Belknap, 1999; RAWLS, John. **Political liberalism**. New York: Columbia University, 1996; e RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Belknap, 2001. Para as citações em português, respectivamente: RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002; RAWLS, John. **Liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000; e RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Doravante, indicaremos as obras, respectivamente, pelas abreviações: TJ, PL e JF.

¹⁸¹ A esse respeito, Samuel Gorowitz agrupa as críticas sofridas pela concepção rawlsiana em três categorias: contra a adequação do método; contra a correção do raciocínio; e contra o conteúdo dos princípios. Essa classificação (reproduzida em NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 119-142.) será utilizada como referência quando se tratar daquelas contestações. Consideraremos, ainda, as interpretações de comentadores como Catherine Audard, Roberto Gargarella, Thomas Pogge, Nythamar de Oliveira, entre outros.

3.1.1 O conflito de interesses na sociedade

Segundo Rawls, uma das tarefas da filosofia política é a de examinar questões profundamente controversas¹⁸² e verificar se, apesar das aparências, é possível encontrar alguma base subjacente de acordo filosófico e moral. Em caso negativo, a filosofia política poderia, talvez, reduzir a divergência entre as posições irreconciliáveis, para que ao menos se mantivesse a cooperação social a partir do respeito mútuo dos cidadãos¹⁸³.

O conflito entre pontos de vista é comum em uma sociedade¹⁸⁴ com instituições livres. O progresso das liberdades básicas – liberdade de consciência, de expressão, de associação etc. - acarretou profundas diferenças nas visões religiosas e filosóficas que os cidadãos têm do mundo e na ideia que eles têm dos valores morais e estéticos a serem perseguidos ao longo de suas vidas, razão pela qual se dá o fato do “pluralismo razoável”¹⁸⁵.

Essas concepções são denominadas por Rawls de “doutrinas abrangentes”. Trata-se, em suma, das posições pessoais – filosóficas, morais e religiosas – que *abrangem*, de modo mais ou menos sistemático e completo, todos os diversos aspectos da existência humana, e não somente as questões meramente políticas, que são consideradas como um caso

¹⁸² Exemplo disso, para Rawls, é o conflito entre as reivindicações de liberdade e as reivindicações de igualdade na tradição do pensamento democrático, uma vez que “os debates dos últimos dois séculos ou mais evidenciam que não há acordo público sobre como as instituições básicas devem ser organizadas para melhor se adequarem à liberdade e à igualdade da cidadania democrática”. Haveria, dessa forma, “uma divisão entre a tradição oriunda de Locke, que enfatiza o que Constant chamava de ‘liberdades dos modernos’ - liberdade de pensamento e liberdade de consciência, certos direitos básicos da pessoa e de propriedade, e o primado da lei -, e a tradição oriunda de Rousseau, que enfatiza o que Constant chamava de ‘liberdades dos antigos’ - as liberdades políticas iguais e os valores da vida pública.” (In: JF, p. 2.). No original, p. 2: “*Debates over the last two centuries or so make plain that there is no public agreement on how basic institutions are to be arranged so as to be most appropriate to the freedom and equality of democratic citizenship. There is a divide between the tradition derived from Locke, which stresses what Constant called ‘the liberties of the moderns’-freedom of thought and liberty of conscience, certain basic rights of the person and of property, and the rule of law-and the tradition derived from Rousseau, which stresses what Constant called ‘the liberties of the ancients’-the equal political liberties and the values of public life’*”.

¹⁸³ JF, p. 2.

¹⁸⁴ Rawls define a sociedade como “uma associação mais ou menos autossuficiente de pessoas que em suas relações mútuas reconhecem certas regras de conduta como obrigatórias e que, na maioria das vezes, agem de acordo com elas”. Supõe ele que “essas regras especifiquem um sistema de cooperação concebido para promover o bem dos que fazem parte dela”. (In: TJ, p. 4.). No original, p. 4: “[...] *a society is a more or less self-sufficient association of persons who in their relations to one another recognize certain rules of conduct as binding and who for the most part act in accordance with them [...] these rules specify a system of cooperation designed to advance the good of those taking part in it. Then, although a society is a cooperative venture for mutual advantage.*” Thomas Pogge critica o conceito de *sociedade* de Rawls, no que parece ter razão, pelo fato de a história oferecer diversos exemplos de sociedades cujas regras não foram concebidas para “promover o bem” dos que dela faziam parte, e sim, para favorecer determinadas minorias. Segundo Pogge, a descrição de Rawls se amolda ao que uma sociedade *deveria ser* e não ao que uma sociedade *é*. Cf. POGGE, Thomas. **Realizing Rawls**. Ithaca: Cornell University, 1989, p. 20. O assunto será retomado no tópico seguinte.

¹⁸⁵ JF, p. 4. Veja-se, para tanto, o exposto no tópico 2.2.2, do capítulo I. A noção de *razoável*, para Rawls, será apresentada mais adiante.

particular de uma concepção mais ampla¹⁸⁶.

Por conseguinte, pondera Rawls, embora a sociedade seja um empreendimento que vise a vantagens recíprocas, ela é marcada por uma *identidade* e por um *conflito* de interesses. Identidade porque possibilita que todos tenham uma vida melhor do que a que teriam se cada um dependesse apenas de si mesmo. Conflito porque as pessoas geralmente preferem uma participação maior na distribuição dos bens produzidos colaborativamente¹⁸⁷.

Em vista dessa duplicidade, torna-se necessário eleger um paradigma de justiça por meio do qual se determine que forma de ordenação é a mais adequada para que se distribuam os benefícios e encargos da cooperação social. Rawls defende que as entidades básicas da sociedade, além de organizadas e eficientes, devem ser caracterizadas pela justiça, sendo esta a “primeira virtude das instituições sociais”¹⁸⁸.

Seria absurdo, todavia, que o conceito de justiça se identificasse com a diversidade de concepções existentes sobre o justo. Na verdade, para Rawls uma instituição é “justa” quando não realiza nenhuma distinção arbitrária na atribuição dos direitos e deveres básicos de cada pessoa, equilibrando as reivindicações concorrentes relativas às vantagens da vida em sociedade¹⁸⁹.

No entanto, se é possível sustentar que a ideia de justiça acima descrita está invariavelmente presente em todas as sociedades¹⁹⁰, o mesmo não se pode afirmar acerca da *concepção de justiça* adotada. Esta, que seria a caracterização do que constitui uma distinção “arbitrária” e uma distribuição “adequada” das vantagens sociais, pode mudar tanto de uma sociedade para outra como dentro de uma mesma sociedade¹⁹¹.

Um acordo sobre as concepções de justiça, porém, não é o único pré-requisito para uma comunidade humana viável, já que existem ainda, entre outros, os problemas sociais de *coordenação*, *eficiência* e *estabilidade*. Esses três obstáculos estão igualmente

¹⁸⁶ RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 376.

¹⁸⁷ TJ, p. 4.

¹⁸⁸ TJ, p. 3.

¹⁸⁹ TJ, p. 5.

¹⁹⁰ “Os homens conseguem concordar com essa descrição de instituições justas porque as noções de uma distinção arbitrária e de um equilíbrio apropriado, que se incluem no conceito de justiça, ficam abertas à interpretação de cada um, de acordo com os princípios da justiça que ele aceita. 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.” (In: TJ, p. 6.). No original, p. 5: “*Men can agree to this description of just institutions since the notions of an arbitrary distinction and of a proper balance, which are included in the concept of justice, are left open for each to interpret according to the principles of justice that he accepts. These principles single out which similarities and differences among persons are relevant in determining rights and duties and they specify which division of advantages is appropriate*”.

¹⁹¹ VAN PARIJS, Philippe. **O que é uma sociedade justa?** Introdução à prática da filosofia política. Tradução de Cintia Ávila Carvalho. São Paulo: Ática, 1997, p. 61; AUDARD, Catherine. **John Rawls**. Trowbridge: Cromwell, 2007, p. 31-32.

vinculados à questão da justiça, dependendo, para sua solução, de que se defina melhor o que seria justo ou injusto¹⁹².

Dessa forma, os planos dos indivíduos precisam encaixar uns nos outros, para que as várias atividades sejam compatíveis entre si e possam ser executadas sem que as expectativas legítimas de cada um restem frustradas. A execução desses planos deve levar à consecução de fins sociais de formas eficientes e coerentes com a justiça. Por fim, o esquema de cooperação social deve ser estável, de modo que a violação às regras seja coibida¹⁹³.

A concepção apresentada por Rawls, entretanto, tem base em algumas ideias que ele supõe serem, ao menos intuitivamente, compreendidas pelos cidadãos de uma sociedade democrática. Apesar de não serem formuladas de modo expresso e de seus significados não estarem claramente delimitados, cumprem, segundo o autor, um papel fundamental no pensamento político da sociedade e na interpretação dada a suas instituições¹⁹⁴.

A ideia que Rawls considera a mais importante para tentar desenvolver uma concepção política de justiça para um regime democrático é a de que a sociedade deve ser encarada como um “sistema equitativo de cooperação social”¹⁹⁵. Ela é elaborada em conjunção com outras duas: a ideia de que os cidadãos são “pessoas livres e iguais”; e a ideia de uma “sociedade bem-ordenada”, ou seja, regulada por uma “concepção pública de justiça”.

Para Rawls, uma sociedade democrática é tida como um sistema de cooperação social na medida em que, no âmbito das discussões públicas sobre questões básicas de justiça política, seus cidadãos não consideram sua ordem social como sendo uma estrutura institucional justificada por doutrinas religiosas ou princípios que expressam valores aristocráticos, por exemplo¹⁹⁶.

A ideia de cooperação social possui, ao menos, três aspectos fundamentais:

- a) A cooperação social é algo distinto da mera atividade socialmente coordenada - por exemplo, a atividade coordenada por ordens emanadas de uma autoridade central absoluta. Pelo contrário, a cooperação social guia-se por regras e procedimentos publicamente reconhecidos, que aqueles que cooperam aceitam como apropriados para reger sua conduta.
- b) A ideia de cooperação contém a ideia de termos equitativos de cooperação: são termos que cada participante pode razoavelmente aceitar, e às vezes deveria aceitar, desde que todos os outros os aceitem. Termos equitativos de cooperação incluem a ideia de reciprocidade ou mutualidade: todo aquele que cumprir sua parte, de acordo com o que as regras reconhecidas o exigem, deve-se beneficiar da cooperação conforme um critério

¹⁹² TJ, p. 5-6.

¹⁹³ TJ, p. 5-6.

¹⁹⁴ JF, p. 5.

¹⁹⁵ JF, p. 7. Registre-se, novamente, a observação de Thomas Pogge, segundo a qual a descrição de Rawls é mais adequada a um modelo *ideal* de sociedade do que àquelas que de fato existem atualmente. Cf. POGGE, Thomas. **Realizing Rawls**. Ithaca: Cornell University, 1989, p. 20.

¹⁹⁶ JF, p. 6.

público e consensual especificado. c) A ideia de cooperação também contém a ideia da vantagem ou bem racional de cada participante. A ideia de vantagem racional específica o que os que cooperam procuram promover do ponto de vista de seu próprio bem¹⁹⁷.

3.1.2 As faculdades morais do ser humano

Um sistema de cooperação social nos moldes rawlsianos pressupõe, todavia, uma concepção que qualifique as pessoas como livres e iguais. É que, para a justiça como equidade, os cidadãos possuem as capacidades ou faculdade necessárias para não somente se envolverem numa cooperação social mutuamente benéfica durante toda a sua vida, como também para honrar os termos dessa cooperação por eles mesmos¹⁹⁸.

As faculdades morais do ser humano são descritas por Rawls como se segue:

(I) Uma dessas faculdades é a capacidade de ter um senso de justiça: é a capacidade de compreender e aplicar os princípios de justiça política que determinam os termos equitativos de cooperação social, e de agir a partir deles (e não apenas de acordo com eles). (II) A outra faculdade moral é a capacidade de formar uma concepção do bem. Tal concepção é uma família ordenada de fins últimos que determinam a concepção que uma pessoa tem do que tem valor na vida humana ou, em outras palavras, do que se considera uma vida digna de ser vivida. Os elementos dessa concepção costumam fazer parte de, e ser interpretados por, certas doutrinas religiosas, filosóficas ou morais abrangentes à luz das quais os vários fins são ordenados e compreendidos¹⁹⁹.

A capacidade de uma pessoa de se portar de acordo com (e a partir de) um determinado senso de justiça, consiste na aptidão que ela tem para adequar suas condutas a princípios de justiça acolhidos coletivamente. Em outras palavras, dessa capacidade moral decorre a ideia de pessoa “razoável”, isto é, uma pessoa que aceite buscar seus interesses

¹⁹⁷ JF, p. 8-9. No original, p. 6: “a) *Social cooperation is distinct from merely socially coordinated activity - for example, activity coordinated by orders issued by an absolute central authority. Rather, social cooperation is guided by publicly recognized rules and procedures which those cooperating accept as appropriate to regulate their conduct.* b) *The idea of cooperation includes the idea of fair terms of cooperation: these are terms each participant may reasonably accept, and sometimes should accept, provided that everyone else likewise accepts them. Fair terms of cooperation specify an idea of reciprocity, or mutuality: all who do their part as the recognized rules require are to benefit as specified by a public or agreed-upon standard.* c) *The idea of cooperation also includes the idea of each participant’s rational advantage, or good. The idea of rational advantage specifies what it is that those engaged in cooperation are seeking to advance from the standpoint of their own good*”.

¹⁹⁸ JF, p. 26.

¹⁹⁹ JF, p. 26. No original, p. 19: “(I) *One such power is the capacity for a sense of justice: it is the capacity to understand, to apply, and to act from (and not merely in accordance with) the principles of political justice that specify the fair terms of social cooperation.* (II) *The other moral power is a capacity for a conception of the good: it is the capacity to have, to revise, and rationally to pursue a conception of the good. Such a conception is an ordered family of final ends and aims which specifies a person’s conception of what is of value in human life or, alternatively, of what is regarded as a fully worthwhile life. The elements on such a conception are normally set within, and interpreted by, certain comprehensive religious, philosophical, or moral doctrines in the light of which the various ends and aims are ordered and understood*”.

dentro da *moldura* estabelecida pelos princípios de justiça²⁰⁰.

Pessoas razoáveis, para Rawls, são dispostas a propor, ou a reconhecer quando outros os propõem, os princípios necessários para especificar o que pode ser considerado por todos como “termos equitativos de cooperação”. Pessoas razoáveis também entendem que devem honrar esses princípios, mesmo à custa de seus próprios interesses, se as circunstâncias o exigirem, contanto que os outros também devam honrá-los²⁰¹.

A razoabilidade opõe-se, como se percebe, ao egoísmo e implica a ideia de *reciprocidade*²⁰². Numa sociedade razoável, todos os membros possuem seus interesses particulares, porém estão dispostos a sugerir termos justos que sejam passíveis da aceitação pelos demais, de forma que todos podem melhorar a sua situação, beneficiando-se segundo o que são capazes de alcançar por si próprios²⁰³.

A capacidade para definir uma concepção de bem, por sua vez, indica uma pessoa “racional”, isto é, que seja apta a estabelecer as diversas finalidades de sua vida e eleger meios adequados para atingi-las, além de hierarquizá-las, estabelecendo prioridades²⁰⁴. O agente racional é, portanto, capaz de escolher os fins que determinarão o seu plano de vida, e deliberar sobre os meios que lhe pareçam mais eficientes para realizá-lo²⁰⁵.

²⁰⁰ JESUS, Carlos Frederico Ramos. **John Rawls**: a concepção de ser humano e a fundamentação dos direitos do homem. Curitiba: Juruá, 2011, p. 44. A origem da razoabilidade, para Rawls, seria a natureza social do ser humano. Cf. PL, p. 278-281.

²⁰¹ PL, p. 49.

²⁰² O sentido atribuído por Rawls à ideia de *razoabilidade* não se confunde, portanto, com aquele que é conferido ao termo pela doutrina constitucionalista brasileira e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, qual seja, o de “compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins por ele almejados” ou, mais impropriamente, o de sinônimo da regra da *proporcionalidade*. Sobre o tema, veja-se: SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002.

²⁰³ NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls**: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 34-35. Rawls observa, em contrapartida, que “[...] as pessoas não são razoáveis nesse mesmo aspecto básico quando planejam envolver-se em empreendimentos cooperativos, mas não estão dispostas a obedecer, nem mesmo a propor, exceto enquanto simulação pública necessária, quaisquer princípios ou critérios que especifiquem os termos equitativos de cooperação. Estão dispostas, isso sim, a violar esses termos de acordo com seus interesses, conforme as circunstâncias permitirem.” No original, p. 50: “*By contrast, people are unreasonable in the same basic aspect when they plan to engage in cooperative schemes but are unwilling to honor, or even to propose, except as a necessary public pretense, any general principles or standards for specifying fair terms of cooperation. They are ready to violate such terms as suits their interests when circumstances allow.*”

²⁰⁴ Um plano de vida é racional, para Rawls, se, e somente se, “(1) é um dos planos consistentes com os princípios da escolha racional quando aplicados a todas as características relevantes de sua situação, e (2) é o plano que, dentre os que satisfazem essa condição, seria escolhido por ela com racionalidade deliberativa plena, ou seja, com plena consciência dos fatos relevantes e após uma cuidadosa consideração das consequências.” (*In*: TJ, p. 451.). No original, p. 358-359: “(1) *it is one of the plans that is consistent with the principles of rational choice when these are applied to all the relevant features of his situation, and (2) it is that plan among those meeting this condition which would be chosen by him with full deliberative rationality, that is, with full awareness of the relevant facts and after a careful consideration of the consequences.*”

²⁰⁵ PL, p. 50. Como ilustra Carlos de Jesus, alguém que, por exemplo “queira sucesso profissional em seu ofício e também preze a contemplação religiosa deverá, dada a sua racionalidade, buscar meios de realizar ambos os objetivos tanto quanto possível (trabalhando muito e indo periodicamente a retiros espirituais ou conciliando sua profissão leiga com uma atividade religiosa permanente etc.” (*In*: JESUS, Carlos Frederico Ramos. **John Rawls**:

É importante notar que, como atributo implícito a essa capacidade moral, o indivíduo rawlsiano não é *abnegado*, ou seja, ele não está disposto a abrir mão de seus projetos de vida em prol de outras finalidades, como a realização maior de outros setores da sociedade ou o aumento da soma do bem-estar social²⁰⁶. Ele quer uma sociedade em que o sacrifício pessoal seja vedado²⁰⁷.

Rawls ilustra a diferença entre o *racional* e o *razoável* por meio de um exemplo cotidiano. Supõe ele que, se em uma negociação uma das partes está em posição privilegiada com relação à outra (por ter mais informação ou dinheiro) e faz uma proposta vantajosa para si e péssima para outrem, seria possível dizer que esta foi *racional*, tendo em vista a sua melhor condição, mas nada *razoável* para a parte contrária²⁰⁸.

As ideias diferem, ainda, pelo caráter público do *razoável*. É pela razoabilidade, segundo Rawls, que se ingressa como igual no mundo público dos outros, dispondo-se a propor ou aceitar, a depender do caso, termos equitativos de cooperação com eles. Tais termos, formulados como princípios, especificam as razões que devem ser reconhecidas como base das relações sociais²⁰⁹.

Inspirado em Kant²¹⁰, Rawls reforça, todavia, que as ideias se complementam:

Como ideias complementares, nem o razoável nem o racional podem ficar um sem o outro. Agentes puramente razoáveis não teriam fins próprios que quisessem realizar por meio da cooperação equitativa; agentes puramente racionais carecem do senso de justiça e não conseguem reconhecer a validade independente das reivindicações de outros²¹¹.

A partir do exposto, os cidadãos são vistos como *iguais* porque se considera que todos apresentam, ainda que num grau mínimo, as faculdades morais necessárias à

a concepção de ser humano e a fundamentação dos direitos do homem. Curitiba: Juruá, 2011, p. 42.).

²⁰⁶ “O que os agentes racionais não têm é a forma particular de sensibilidade moral e subjacente ao desejo de se engajar na cooperação equitativa como tal, e de fazê-lo em termos que seria razoável esperar que os outros, como iguais, aceitem.” (In: PL, p. 95.). No original, p. 51: “*What rational agents lack is the particular form of moral sensibility that underlies the desire to engage in fair cooperation as such, and to do so on terms that others as equals might reasonably be expected to endorse.*” Esse, como se verá, é um dos motivos pelos quais Rawls rejeita as doutrinas *utilitaristas*.

²⁰⁷ Isso não quer dizer, contudo, que se exclua a possibilidade de haver indivíduos que tenham a abnegação e o altruísmo como sua principal concepção de bem. A questão é que mesmo tais indivíduos, por serem racionais, não aceitariam renunciar à sua vida abnegada em favor de um objetivo coletivo que não lhes permitisse a dedicação absoluta aos seus semelhantes. Cf. JESUS, Carlos Frederico Ramos. **John Rawls: a concepção de ser humano e a fundamentação dos direitos do homem**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 42.

²⁰⁸ PL, p. 48.

²⁰⁹ PL, p. 50.

²¹⁰ PL, p. 48.

²¹¹ PL, p. 96. No original, p. 52: “*As complementary ideas, neither the reasonable nor the rational can stand without the other. Merely reasonable agents would have no ends of their own they wanted to advance by fair cooperation; merely rational agents lack a sense of justice and fail to recognize the independent validity of the claims of others.*”

participação plena na vida cooperativa social. Na posição original (da qual se tratará mais adiante), os representantes estão simetricamente situados naquela posição com direitos iguais no tocante aos procedimentos que adotam para chegar a um acordo²¹².

Os cidadãos são *livres*, por sua vez, sob dois aspectos. Em primeiro lugar, na medida em que consideram a si mesmos e aos demais como detentores da faculdade moral de possuir uma concepção do bem. Enquanto indivíduos livres, os cidadãos reivindicam o direito de que suas próprias pessoas sejam tratadas como independentes de qualquer esquema específico de fins últimos, e de não serem identificadas com nenhuma dessas concepções²¹³.

Em segundo lugar, são livres na medida em que se consideram autorizados a reivindicar a suas instituições para que elas promovam suas concepções do bem (desde que essas concepções se incluam entre as admitidas pela concepção pública de justiça). Para os cidadãos, essas reivindicações valem por si mesmas, independentemente de derivarem de deveres e obrigações determinados por uma concepção política de justiça²¹⁴.

A ideia de “sociedade bem-ordenada”, a seu turno, significa três coisas:

[...] a primeira (e isso está implícito na ideia de uma concepção de justiça publicamente reconhecida), que se trata de uma sociedade na qual cada indivíduo aceita, e sabe que todos os demais aceitam, precisamente os mesmos princípios de justiça; a segunda (implícita na ideia de regulação efetiva), que todos reconhecem, ou há bons motivos para assim acreditar, que sua estrutura básica – isto é, suas principais instituições políticas, sociais e a maneira segundo a qual se encaixam num sistema único de cooperação – está em concordância com aqueles princípios; e a terceira, que seus cidadãos têm um senso normalmente efetivo de justiça e, por conseguinte, em geral agem de acordo com as instituições básicas da sociedade, que consideram justas. Numa sociedade assim, a concepção publicamente reconhecida de justiça estabelece um ponto de vista comum, a partir do qual as reivindicações dos cidadãos à sociedade podem ser julgadas²¹⁵.

²¹² JF, p. 20.

²¹³ Por exemplo, “[...] quando os cidadãos se convertem de uma religião para outra, ou cessam de professar alguma fé religiosa estabelecida, não deixam de ser, para questões de justiça política, as mesmas pessoas de antes. Nada se perde do que poderíamos chamar de sua identidade pública ou legal - sua identidade em termos de direito fundamental. Em termos gerais, continuam tendo os mesmos direitos e deveres básicos, conservam as mesmas propriedades e podem fazer as mesmas exigências que antes, salvo quando estas se acham ligadas à sua filiação religiosa anterior.” (*In*: JF, p. 30.). No original, p. 21-22: “[...]when citizens convert from one religion to another, or no longer affirm an established religious faith, they do not cease to be, for questions of political justice, the same persons they were before. There is no loss of what we may call their public, or legal, identity—their identity as a matter of basic law. In general, they still have the same basic rights and duties, they own the same property and can make the same claims as before, except insofar as these claims were connected with their previous religious affiliation”.

²¹⁴ JF, p. 22.

²¹⁵ PL, p. 79. No original, p. 35: “[...] first (arid implied by the idea of a publicly recognized conception of justice), it is a society in which everyone accepts, and knows that everyone else accepts, the very same principles of justice; and second (implied by the idea of the effective regulation of such a conception), its basic structure—that is, its main political and social institutions and how they fit together as one system of cooperation—is publicly known, or with good reason believed, to satisfy these principles. And third, its citizens have a normally effective sense of justice and so they generally comply with society's basic institutions, which they regard as just. In such a society the publicly recognized conception of justice establishes a shared point of view from which citizens' claims on society can be adjudicated”.

Rawls ressalta que uma sociedade democrática bem-ordenada não é nem uma comunidade, nem uma associação. Primeiramente, ao contrário de uma associação, uma sociedade democrática deve ser enxergada como um sistema social completo e fechado. Completo no sentido de ser autossuficiente e de ter espaço para todos os principais objetivos da vida humana. Fechado porque nele só se entra pelo nascimento e só se sai pela morte²¹⁶.

Não há uma identidade anterior ao ingresso na sociedade (como haveria caso se viesse de outro lugar) vive-se em tal sociedade e em tal posição social, com suas correspondentes vantagens e desvantagens a depender da sorte. A percepção não é a de que se entra na sociedade na “idade da razão”, como ocorreria no caso de uma associação, porém a de que se nasce em uma sociedade onde se passará toda a vida²¹⁷.

Uma segunda diferença é a de que a sociedade democrática não tem fins últimos do mesmo modo que as pessoas ou as associações os têm, isto é, aqueles objetivos que ocupam um lugar especial nas doutrinas abrangentes. Por conseguinte, as metas constitucionalmente especificadas da sociedade devem, ao contrário, submeter-se a uma concepção política de justiça e sua razão pública²¹⁸.

Disso se deduz que os cidadãos não supõem a existência de fins sociais anteriores que justifiquem considerar que algumas pessoas têm mais ou menos valor para a sociedade do que outras e, em função disso, atribuir-lhes direitos básicos diferentes. Sociedades do passado já consideraram como fins últimos a religião e a formação de impérios, de sorte que os direitos e *status* dos indivíduos e classes dependiam de seu papel na realização desses fins²¹⁹.

Em que pese o fato de uma sociedade democrática bem-ordenada não ser uma associação, também não é ela uma comunidade, entendendo-se esta como uma sociedade regulada por uma doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente e compartilhada. Pensar numa democracia como uma comunidade nesses moldes implica, para Rawls, negligenciar o alcance limitado de sua razão pública fundada numa concepção política de justiça²²⁰.

As sociedades concretas raramente são bem-ordenadas, não havendo um consenso por parte dos indivíduos acerca de quais princípios deveriam formatar os termos básicos da sociedade. No entanto, Rawls afirma que, seguramente, cada um deles se dispõe a defender um conjunto de princípios que determine o que eles consideram como sendo a distribuição adequada dos benefícios e encargos da cooperação social.

²¹⁶ PL, p. 40.

²¹⁷ PL, p. 41. As relações com outras sociedades, serão objeto de análise no capítulo III.

²¹⁸ PL, p. 41.

²¹⁹ PL, *loc. cit.*

²²⁰ PL, p. 42.

Apesar de admitir que sua ideia de uma sociedade bem-ordenada é uma considerável idealização, Rawls entende que a adequação de uma concepção de justiça a uma sociedade bem-ordenada consiste em um importante critério comparativo entre as diversas concepções políticas de justiça. Ademais, o conceito ajuda a especificar melhor a ideia organizadora central de cooperação social²²¹.

Ainda que uma sociedade bem-ordenada em que todos os seus membros aceitem a mesma doutrina abrangente não possa existir, cidadãos democráticos que defendem diferentes doutrinas abrangentes podem-se pôr de acordo sobre concepções políticas de justiça. Segundo o liberalismo político rawlsiano, isso proporciona uma base de unidade social que não só é suficiente mas também é a mais razoável para os membros de uma sociedade democrática.

3.1.3 O contraponto ao utilitarismo

A teoria da justiça como equidade se desenvolveu como um contraponto a diversas concepções que se propunham definir os parâmetros de um sistema social justo, em especial o *utilitarismo*²²². Com efeito, Rawls afirmou ter por objetivo “elaborar uma teoria da justiça que represente uma alternativa ao pensamento utilitarista em geral e conseqüentemente a todas as suas diferentes versões”²²³.

O utilitarismo surge no século XVIII em um ambiente no qual predominavam os movimentos reformistas e iluministas, que contestavam os dogmas tradicionais e buscavam construir modelos pragmáticos de pensamento e organização social²²⁴. Essa doutrina influenciou a formação da consciência filosófica e científica inglesa dos séculos XVIII e XIX e é, ainda hoje, o fundamento de muitas políticas e da legislação de alguns países²²⁵.

É o chamado *utilitarismo clássico*, contudo, o alvo da maioria das críticas de Rawls. Preconizado por Jeremy Bentham, John Stuart Mill e Henry Sidgwick, tem por ideia central a tese de que a sociedade está ordenada de forma justa “quando suas instituições mais

²²¹ JF, p. 9.

²²² Rawls discorre ainda, em menor amplitude, sobre o *intuicionismo* e o *perfeccionismo*. A posição do autor em relação a essas doutrinas é analisada em: AUDARD, Catherine. **John Rawls**. Trowbridge: Cromwell, 2007, p. 117-119.

²²³ TJ, p. 24. No original, p. 20: “My aim is to work out a theory of justice that represents an alternative to utilitarian thought generally and so to all of these different versions of it”.

²²⁴ BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 303.

²²⁵ *Id. Ibid.*, p. 303-304. “No mundo anglo-saxão, o utilitarismo incontestavelmente constituía, antes de Rawls, a teoria 'dominante' não no sentido de que a maior parte das pessoas adería a ela mas no sentido de que a maioria daqueles que se esforçavam para prestar contas teoricamente de suas convicções morais era obrigado a adotá-la.” (In: VAN PARIJS, Philippe. **O que é uma sociedade justa?** Introdução à prática da filosofia política. Tradução de Cintia Ávila Carvalho. São Paulo: Ática, 1997, p. 69.).

importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros”²²⁶.

O utilitarismo se caracteriza por considerar bom aquilo que é útil. Para Mill, a *utilidade*, ou o *princípio da maior felicidade*, estabelece que “as ações serão corretas na proporção em que elas tendam a promover a felicidade, incorretas quando tenderem a produzir o oposto da felicidade. Por felicidade, entende-se o prazer e a ausência de dor; por infelicidade, dor e privação de prazer”²²⁷ (tradução livre).

Em outras palavras:

O utilitarismo, de uma maneira geral, defende que os arranjos sociais sejam tais que maximizem a felicidade plena de seus membros, sem levar em conta como os benefícios e as desvantagens são distribuídos, a menos que afetem o total. Assim, a questão do bem-estar social apresenta importantes consequências econômicas, como, por exemplo na transferência distributiva de riquezas dos mais ricos para os mais pobres, na proporção em que diminui uma utilidade marginal – os pobres são, nesse caso, efetivamente muito mais favorecidos do que os ricos empobrecidos, dentro de certos limites previsíveis. Em última análise, a utilidade é tomada como fonte de justiça por ser o único fim capaz de promover o bem-estar e a felicidade da sociedade como um todo²²⁸.

Rawls reconhece que, ao contrário de outras correntes, o utilitarismo possui um método próprio capaz de organizar diferentes opções frente a possíveis dilemas morais. Lamenta, porém, que, a despeito das inúmeras críticas que foram opostas àquela doutrina, não tenha sido formulada uma posição sequer que a ela se comparasse em termos de sistematicidade, lacuna teórica que ele visa preencher²²⁹.

Há um modo de ver a sociedade, segundo Rawls, que facilita a suposição de que o conceito mais racional de justiça é o utilitarista. Ao recorrer a cálculos de custos e benefícios, o utilitarismo realiza uma operação que as pessoas em geral tendem a reproduzir em seus raciocínios cotidianos, isto é, a maioria delas considera razoável aceitar determinados sacrifícios em prol de maiores benefícios futuros²³⁰.

²²⁶ TJ, p. 20.

²²⁷ No original: “*Utility, or the Greatest Happiness Principle, holds that actions are right in proportion as they tend to promote happiness, wrong as they tend to produce the reverse of happiness. By happiness is intended pleasure, and the absence of pain; by unhappiness, pain, and the privation of pleasure.*”. (In: MILL, John Stuart. **Utilitarianism**. Kitchener: Batoche Books, 2000, p. 10.).

²²⁸ OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 25.

²²⁹ Cf. SCHEFFLER, Samuel. Rawls and utilitarianism. In: FREEMAN, Samuel (Org.). **The Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University, 2003, p. 427. Van Parijs lembra que, para Rawls, o domínio secular do utilitarismo “é em grande parte devido à ausência de uma verdadeira teoria rival que não se reduza a um acúmulo de objeções pontuais, enfeitadas por algumas vagas sugestões.” (In: VAN PARIJS, Philippe. **O que é uma sociedade justa?** Introdução à prática da filosofia política. Tradução de Cintia Ávila Carvalho. São Paulo: Ática, 1997, p. 69.).

²³⁰ TJ, p. 25. Gargarella assim exemplifica o raciocínio utilitarista: “[...] considere-se o exemplo da pessoa que vai a um dentista ou que aceita submeter-se a uma operação dolorosa. Todos nós achamos racional essa aceitação de custos no presente em prol de vantagens futuras. E esse é, em suma, o tipo de cálculo que especificamente

No entanto, Rawls diverge da concepção utilitarista no que diz respeito ao caráter teleológico ou consequencialista desta. Como outros liberais, o filósofo defende um modelo não-consequencialista ou deontológico, segundo o qual a correção moral de um ato depende das características inerentes dessa ação, e não de suas consequências ou de sua capacidade para produzir certos resultados (tal qual ocorre com o utilitarismo)²³¹.

O modelo rawlsiano rejeita cálculos que, embora possam ser aceitáveis em nível pessoal, não o são quando realizados em nível coletivo. Para Rawls, não se pode enxergar a sociedade como um corpo no qual é possível sacrificar algumas partes em virtude das restantes, pois isso implicaria ignorar o fato de que cada indivíduo deve ser respeitado como um ser autônomo, distinto dos demais, porém tão digno quanto eles²³².

Outra diferença reside no fato de que o utilitarismo estende à sociedade o princípio da escolha feita por um único ser humano. Em contrapartida, a justiça como equidade sustenta que os princípios da escolha social, dentre os quais se incluem os princípios da justiça, são eles próprios o objeto de um consenso original e não simplesmente uma extensão da opção de um único indivíduo²³³.

Para o utilitarismo, ainda, a satisfação de qualquer desejo tem algum valor em si mesma que tem de ser levado em conta na decisão do que é justo. No cômputo do maior saldo de satisfação, não importa, exceto indiretamente, quais são os objetos do desejo, devendo-se ordenar as instituições de modo a obter a maior soma de satisfações sem que se questione sua origem ou qualidade.

Gargarella observa que:

[...] Rawls critica o utilitarismo por possibilitar o que poderíamos chamar preferências ou gostos “ofensivos”. Com isso quer dizer que, no “cálculo” proposto pelo utilitarismo, pode ser computado, por exemplo, o prazer que uma pessoa tenha de discriminar outra ou de restringir a liberdade de outros. De uma perspectiva igualitária, diria Rawls, essas preferências deveriam ser condenadas, e não, em

distingue o utilitarismo”. (In: GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 7.).

²³¹ Cf. NAGEL, Thomas. Justice and nature. **Oxford Journal of Legal Studies**. Oxford, v. 17, n. 2, 1997, p. 304; AUDARD, Catherine. **John Rawls**. Trowbridge: Cromwell, 2007, p. 40-42.

²³² Cf. GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 8.

²³³ TJ, p. 25. Segundo Samuel Scheffler: “As críticas de Rawls ao utilitarismo compreendem uma variedade de formulações que dependem, em variáveis graus e em várias maneiras, do aparato da posição original. Formalmente, seu objetivo é demonstrar que as partes na posição original prefeririam sua própria concepção de justiça – a justiça como equidade – em vez de uma concepção utilitarista”. No original: “*Rawls’s criticisms of utilitarianism comprise a variety of formulations which depend to varying degrees and in various ways on the apparatus of the original position. Formally, his aim is to show that the parties in the original position would prefer his own conception of justice – justice as fairness – to a utilitarian conception*”. SCHEFFLER, Samuel. Rawls and utilitarianism. In: FREEMAN, Samuel (Org.). **The Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University, 2003, p. 433.

contrapartida, “aceitas tal como são”²³⁴.

A teoria da justiça como equidade, por outro lado, defende que as pessoas aceitam de antemão um princípio de liberdade igual e o fazem desconhecendo seus próprios objetivos pessoais. Tacitamente concordam, portanto, em balizar as concepções do seu próprio bem com aquilo que é exigido pelos princípios da justiça ou, pelo menos, consentem em não insistir em reivindicações que os ofendam diretamente.

Os princípios da justiça impõem restrições que estabelecem quais desejos ou aspirações são válidos, não se tomando as tendências e inclinações dos homens como “dadas”, para que depois se procure a melhor maneira de realizá-las. Nas palavras do autor: “os princípios da justiça e sua implementação nas formas sociais definem os limites dentro dos quais ocorrem nossas deliberações”²³⁵.

Rawls complementa que, na justiça como equidade, a ideia de *justo* precede a de *bem*. Um sistema social justo define o escopo no dentro do qual os indivíduos deverão desenvolver seus objetivos, apresentando uma estrutura de direitos, oportunidades e meios de satisfação pelos quais e a partir dos quais esses fins podem ser equitativamente perseguidos²³⁶.

Na síntese de Catherine Audard:

O que Rawls descobre de maneira iluminada é o paradoxo do princípio geral da utilidade. Por um lado, este é individualista no sentido de que, conforme a sua concepção de sociedade, indivíduos autônomos são encarados como diferentes linhas ao longo das quais os direitos e deveres devem ser conferidos e os escassos meios de satisfação alocados. Por outro lado, não reconhece a autonomia das pessoas: que a satisfação delas não é permutável, que elas têm distintos, talvez não apenas competitivos, mas também incompatíveis interesses de primeira ordem, ainda que elas compartilhassem interesses de ordem mais elevada (tradução livre)²³⁷.

²³⁴ Cf. GARGARELLA, Roberto, *op. cit.*, p. 9. Gargarella ressalta que Rawls contesta também o pressuposto do utilitarismo segundo o qual o bem-estar é aspecto da condição humana que requer atenção normativa, considerando relevantes o que se poderia chamar de “gostos caros” das pessoas (v.g., enquanto uma pessoa pode se considerar satisfeita com uma dieta à base de leite e pão, outra pode exigir pratos e bebidas sofisticadas). O utilitarismo deveria dotar a última de mais recursos que a primeira, a fim de evitar que aquela obtivesse menor satisfação final do que a que se contenta com uma dieta mais simples. Para Rawls, todavia, isso implicaria considerar os indivíduos como “meros portadores de desejos”. Pelo contrário, as pessoas são pelo menos parcialmente responsáveis pelas preferências que cultivam, sendo injusto empregar os escassos recursos da sociedade do modo indicado pelo utilitarismo. Idêntica observação é feita em: VAN PARIJS, Philippe. **O que é uma sociedade justa?** Introdução à prática da filosofia política. Tradução de Cintia Ávila Carvalho. São Paulo: Ática, 1997, p. 71.

²³⁵ TJ, p. 626. No original, p. 493: “*The principles of justice and their realization in social forms define the bounds within which our deliberations take place*”.

²³⁶ TJ, p. 28. Will Kymlicka, entretanto, defende que o debate entre Rawls e os utilitaristas não é uma questão de “deontologia versus teleologia”, visto que, na verdade, nenhuma das partes acredita na prioridade do bem sobre o justo ou na definição de justo como a maximização do bem. Cf. KYMLICKA, Will. Rawls on teleology and deontology. **Philosophy and public affairs**, v. 17, n. 3, p. 173-190, 1988.

²³⁷ No original: “*What Rawls discovers in a most illuminating way is the paradox of the general utility principle. On the one hand, it is individualistic in that, according to its conception of society, separate individuals are thought of as different lines along which rights and duties are to be assigned and scarce means of satisfaction*”.

3.2 Elementos teóricos do construtivismo rawlsiano

A obra e as reflexões de Rawls representaram um verdadeiro divisor de águas na história recente do pensamento²³⁸. Seu trabalho redefiniu a maioria dos grandes temas da filosofia política contemporânea: do direito constitucional à justiça distributiva, da cidadania à eficiência econômica, da ética global à tolerância religiosa, do pluralismo cultural às formas de consenso democrático etc²³⁹.

Com efeito, já se disse que a teoria da “justiça como equidade” de Rawls encontra-se no mesmo patamar de importância das teorias ético-políticas de Aristóteles, Tomás de Aquino, Rousseau e Kant²⁴⁰, e que com ela os estudos relativos à justiça social recuperaram o prestígio de que gozavam outrora²⁴¹. Após a sua publicação, “os filósofos políticos têm agora ou de trabalhar com a teoria de Rawls ou explicar por que não o fazem²⁴²”.

Na segunda parte deste capítulo, serão discutidos o objeto, o método e o conteúdo da teoria da justiça de Rawls: a “estrutura básica”, a “posição original” e os “princípios de justiça”, respectivamente. Saliente-se que cada um deles engloba uma série de artifícios teóricos que serão expostos sempre que necessários a uma melhor compreensão do pensamento rawlsiano²⁴³.

*allocated. On the other hand, it does not recognize the separateness of persons: that their satisfaction is not exchangeable, that they have distinct, perhaps not only competing, but also incompatible first-order interests, even if they share higher-order interests” (In: AUDARD, Catherine. **John Rawls**. Trowbridge: Cromwell, 2007, p. 45.).*

²³⁸ Cf. GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. XIII.

²³⁹ AUDARD, Catherine. **John Rawls**. Trowbridge: Cromwell, 2007, p. 1.

²⁴⁰ Cf. NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 116. A larga influência do pensamento rawlsiano pode ser constatada pelo fato de sua obra inicial, *A Theory of Justice* (1971), ter sido traduzida para, pelo menos, vinte e sete idiomas. Além disso, apenas dez anos após sua publicação, a bibliografia de artigos sobre Rawls já continha mais de 2.500 referências listadas. Cf. FREEMAN, Samuel. John Rawls: an overview. In: FREEMAN, Samuel (Org.). **The Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University, 2003, p. 1.

²⁴¹ AUDARD, *op. cit.*, p. 2. “Depois da efervescência que, em meados do século XIX, havia presidido a expansão do utilitarismo, a filosofia política anglo-saxã entrava em uma fase de letargia. Com o império cada vez maior que o pensamento dito analítico exercia sobre o conjunto da filosofia anglo-saxã, poderia mesmo parecer que a filosofia política estava destinada para sempre ao papel de parente pobre. E, em seguida, repentinamente, em 1971, com a publicação do livro desse professor de Harvard [*A Theory of Justice*], que havia até o momento publicado apenas artigos esparsos, a filosofia política anglo-saxã conheceu uma retomada espetacular.” (In: VAN PARIJS, Philippe. **O que é uma sociedade justa?** Introdução à prática da filosofia política. Tradução de Cintia Ávila Carvalho. São Paulo: Ática, 1997, p. 60.).

²⁴² NOZICK, Robert. **Anarchy, state, and utopia**. Oxford: Blackwell, 1999, p. 183. No original: “*Political philosophers now must either work within Rawls’ theory or explain why not.*” No mesmo sentido, ver: POGGE, Thomas. **John Rawls: his life and theory of justice**. New York: Oxford University, 2007, p. VII.

²⁴³ Em virtude das diversas adaptações que Rawls efetuou em sua teoria, com o intuito de solucionar as falhas apontadas por seus críticos, alguns de seus conceitos-chave foram reformulados. Sem embargo, nesta dissertação procuramos apresentar tais conceitos em sua formulação definitiva.

3.2.1 Objeto: a estrutura básica da sociedade

O que Rawls propõe é em um sentido mais ambicioso do que o título de sua principal obra (*A theory of justice*) pode sugerir e menos ambicioso em outro. É mais ambicioso porque Rawls não busca uma concepção que somente unifique e racionalize julgamentos morais de um observador imparcial. Ele visa uma concepção que possa organizar uma sociedade real com base em princípios que sejam compartilhados entre seus cidadãos²⁴⁴.

Por outro lado, a teoria de Rawls é menos ambiciosa do que o título daquela obra pode induzir, na medida em que ela não “cobre” a justiça social por inteiro, ou seja, a avaliação moral de todas as instituições sociais²⁴⁵. Existem sistemas sociais organizados nos mais diferentes tipos, tamanhos e condições, porém, Rawls limita seus esforços a um caso central que pode ser caracterizado por algumas restrições²⁴⁶.

A principal limitação é o foco da teoria no que Rawls denomina de “estrutura básica da sociedade”. Esta, nas palavras do autor, é “a forma como as principais instituições políticas e sociais interagem formando um sistema de cooperação social, e a maneira como distribuem direitos e deveres básicos e determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social no transcurso do tempo”²⁴⁷.

Nesse sentido, a estrutura básica envolve a constituição política, as formas de propriedade legalmente reconhecidas, o regime da economia e tudo o mais que *molda* a sociedade. A estrutura básica seria, portanto, o contexto dentro do qual ocorrem as atividades dos indivíduos e das associações, e que garante, quando justa, a chamada “justiça de fundo” (*background justice*)²⁴⁸.

A importância da estrutura básica é justificada a partir de algumas considerações. Para Rawls, supondo, inicialmente, que se parta da ideia de que as circunstâncias sociais e as

²⁴⁴ POGGE, Thomas. **John Rawls: his life and theory of justice**. New York: Oxford University, 2007, p. 38-39.

²⁴⁵ Thomas Nagel salienta que quanto mais abrangente são as exigências da concepção de justiça vigente na sociedade, menor espaço haverá para que outros valores sejam perseguidos e mais restritos serão os meios disponíveis para tanto. Cf. NAGEL, Thomas. Justice and nature. **Oxford Journal of Legal Studies**. Oxford, v. 17, n. 2, 1997, p. 307.

²⁴⁶ Para uma análise detalhada dessas e outras restrições, ver: POGGE, *op. cit.*, p. 38-39.

²⁴⁷ JF, p. 13. No original, p. 10: “[...] the way in which the main political and social institutions of society fit together into one system of social cooperation, and the way they assign basic rights and duties and regulate the division of advantages that arises from social cooperation over time”. Instituições, para Rawls, são sistemas de regras e procedimentos, reconhecidos pelos que dela participam, e que definem determinadas posições, com seus respectivos direitos e deveres. Assemelham-se aqui à ideia de *realidade institucional*, desenvolvida por John Searle, em: SEARLE, John. How to derive “ought” from “is”. **The philosophical review**, Durham, v. 3, nº 1, p. 43-58, Jan. 1964. Não se confunda aqui, portanto, *instituição* com *organização* ou *corporação*. Quando quer se referir a estas, como lembra Thomas Pogge, Rawls utiliza o termo *associação*. Cf. POGGE, Thomas. **Realizing Rawls**. Ithaca: Cornell University, 1989, p. 22.

²⁴⁸ JF, p. 10.

relações entre os indivíduos devem desenvolver-se ao longo do tempo segundo acordos livres, obtidos de forma equitativa e plenamente respeitados, seria preciso explicar quando os acordos são livres e quando são justas as circunstâncias nas quais são feitos²⁴⁹.

Rawls lembra que, malgrado essas condições possam ser justas em determinado momento, o acúmulo de resultados de vários acordos individualmente considerados (ainda que em si mesmos inteiramente equitativos), somados à conjuntura social, modificarão, ao longo do tempo, as relações entre os cidadãos e as oportunidades de cada um. Desse modo, é possível que as condições para acordos livres e equitativos não mais se verifiquem²⁵⁰.

É isso que acontece, por exemplo, quando se diz que a distribuição resultante de transações mercantis voluntárias (ainda que vigorem todas as condições ideais de eficiência competitiva) em geral não é justa, a menos que a distribuição anterior de renda e riqueza, assim como a estrutura do sistema de mercados, seja justa. É preciso, destarte, que a riqueza existente tenha sido legitimamente adquirida²⁵¹.

Nesse horizonte, o papel das instituições que compõem a estrutura básica da sociedade é o de garantir condições de fundo justas que possibilitem a realização de ações de indivíduos e entes coletivos. Caso essa estrutura não seja adequadamente regulada e ajustada, é provável que um processo social inicialmente justo termine por deixar de sê-lo, mesmo que as transações específicas pareçam livres e equitativas²⁵².

Rawls pontua, também, que não é possível aferir, com base somente nas condutas dos indivíduos e associações nas circunstâncias mais imediatas ou locais, se, a partir de uma ótica social, os acordos celebrados serão justos ou equitativos. Tal ocorre porque uma avaliação como essa estará sempre atrelada ao fato de a estrutura básica ser ou não capaz de manter a justiça de fundo²⁵³.

O autor destaca, ainda, que a estrutura básica acarreta alguns efeitos sobre o caráter e os interesses dos indivíduos, determinando, em grande parte, o tipo de pessoas que são e que querem ser. Ela restringe de várias formas as ambições e esperanças das pessoas, porque, em parte, elas verão a si mesmas a partir da posição que ocupam nessa estrutura,

²⁴⁹ PL, p. 265-266.

²⁵⁰ PL, p. 266.

²⁵¹ PL, *loc. cit.*

²⁵² PL, *loc. cit.*

²⁵³ PL, p. 319. Com base nisso, “saber se os acordos salariais são justos, por exemplo, depende da natureza do mercado de trabalho: deve-se impedir que o mercado tenha um poder excessivo, e um poder equitativo de barganha deve vigorar entre empregadores e empregados. Além disso, a equidade depende de condições sociais subjacentes, como a oportunidade equitativa, estendendo-se retroativamente no tempo e muito além de qualquer visão limitada.” No original, p. 267: “*Thus whether wage agreements are fair rests, for example, on the nature of the labor market: excess market power must be prevented and fair bargaining power should obtain between employers and employees. But in addition, fairness depends on underlying, social conditions, such as fair opportunity, extending backward in time and well beyond any limited view*”.

levando em conta os meios e oportunidades que podem esperar dispor²⁵⁴.

Por último, Rawls ressalta que os talentos dos indivíduos não devem ser tratados como dons naturais fixos. Em que pese a provável influência de alguns fatores genéticos, essas capacidades não se realizam de forma independente das condições sociais em que aqueles estão inseridos, desenvolvendo-se sempre como “uma seleção, e uma pequena seleção, das possibilidades que poderiam ter-se materializado”²⁵⁵.

O foco inicial da concepção de justiça rawlsiana é, portanto, a estrutura das instituições básicas e os princípios, critérios e preceitos que a ela se destinam, bem como a forma pela qual essas normas devem estar expressas no caráter e nas atitudes dos membros da sociedade. Os princípios da justiça como equidade regulam somente essa estrutura e não se aplicam diretamente a outras instituições ou associações.

Isso não impede, contudo, que empresas, igrejas, universidades, famílias, entre outras entidades, por exemplo, estejam submetidas a exigências provenientes dos princípios de justiça²⁵⁶. Ocorre que essas exigências advêm apenas *indiretamente* das instituições de fundo justas dentro das quais esses grupos existem, e que acabam, logo, por limitar a conduta de seus membros²⁵⁷.

No entanto, não se deve presumir de antemão que os princípios justos para a estrutura básica também o sejam para associações e práticas sociais em geral. Embora os princípios de justiça como equidade determinem limites a esses arranjos sociais da estrutura básica²⁵⁸, esta e as formas sociais que nela existem são regidas por princípios distintos em

²⁵⁴ PL, p. 269. Sob essa ótica, v. g., um regime econômico não é somente uma estrutura institucional para realizar as aspirações existentes, mas uma forma de moldar as aspirações do futuro.

²⁵⁵ PL, p. 322. No original, p. 269-270: “[...] *these abilities and talents cannot come to fruition apart from social conditions, and as realized they always take but one of many possible forms*”.

²⁵⁶ JF, p. 10.

²⁵⁷ Apesar de as igrejas poderem excomungar seus “hereges”, não podem queimá-los, como se fez durante a Idade Média. Da mesma forma, “Os pais (mulheres assim como homens) são cidadãos iguais e têm direitos básicos iguais, entre os quais o direito de propriedade; eles têm de respeitar os direitos de seus filhos (futuros cidadãos) e não podem, por exemplo, privá-los de cuidados médicos essenciais. Além disso, para estabelecer a igualdade entre homens e mulheres no tocante ao trabalho na sociedade, à preservação de sua cultura e à sua reprodução ao longo do tempo, são necessárias disposições especiais no direito de família (e sem dúvida também em outros âmbitos) para que o encargo de alimentar, criar e educar filhos não recaia mais pesadamente sobre as mulheres, prejudicando assim sua igualdade equitativa de oportunidades.” (In: JF, p. 15.). No original, p. 11: “*Parents (women equally with men) are equal citizens and have equal basic rights including the right of property; they must respect the rights of their children (which the latter have as prospective citizens) and cannot, for instance, deprive them of essential medical care. Moreover, to establish equality between men and women in sharing the work of society, in preserving its culture and in reproducing itself over time, special provisions are needed in family law (and no doubt elsewhere) so that the burden of bearing, raising, and educating children does not fall more heavily on women, thereby undermining their fair equality of opportunity*”.

²⁵⁸ “Essa estrutura também, impõe, por meio do sistema legal, outro conjunto de normas que governa as transações e acordos entre os indivíduos e as associações (as leis contratuais etc.). As normas relativas a fraudes, à coação e congêneres fazem parte dessas regras e satisfazem os requisitos de simplicidade e praticabilidade. São formuladas de maneira a deixar os indivíduos e as associações livres para agir efetivamente visando a realizar seus fins, sem que estejam sujeitos a restrições excessivas.” (In: PL, p. 321.). No original, p. 268: “[...] *This*

razão de seus propósitos diferentes e de sua natureza peculiar²⁵⁹.

É preciso observar que Rawls não oferece critérios precisos a partir dos quais se possa inferir que arranjos da sociedade ou aspectos deles pertencem à estrutura básica²⁶⁰. O filósofo afirma apenas que a função de um modelo político de justiça não é definir exatamente como essas questões devam ser resolvidas, mas criar um quadro de pensamento dentro do qual elas possam ser abordadas²⁶¹.

Uma concepção política – e não metafísica²⁶² – busca, à luz das ideias fundamentais compartilhadas na cultura pública, uma base de justificação em que todos estejam de acordo em assuntos de justiça, sem afirmar ou negar qualquer ponto de vista abrangente. Ela visa, em suma, a criar a possibilidade de que todos aceitem tal paradigma como verdadeiro ou razoável sob a ótica de sua própria convicção²⁶³.

3.2.2 Método: a posição original

Partindo-se da ideia organizadora de sociedade como um sistema equitativo de cooperação, o seguinte questionamento se impõe: como se determinam os tais termos equitativos da cooperação? Eles seriam emanados de algum poder distinto do das pessoas que cooperam entre si, como a "lei divina", ou seriam estabelecidos por um acordo entre cidadãos livres e iguais, à luz do que estes consideram ser suas vantagens recíprocas?²⁶⁴

Para a teoria da justiça como equidade, esses termos podem ser derivados de um acordo celebrado por aqueles que são comprometidos com ela. Tal se justifica pelo fato de que, dado o pressuposto do pluralismo razoável, os cidadãos não se veem obrigados a

*structure also enforces through the legal system another set of rules that govern the transactions and agreements between individuals and associations (the law of contract, and so on). The rules relating to fraud and duress, and the like, belong to these rules, and satisfy the requirements of simplicity and practicality. They are framed to leave individuals and associations free to act effectively in pursuit of their ends and without excessive constraints*²⁵⁹.

²⁵⁹ JF, p. 11.

²⁶⁰ Thomas Pogge aponta que essa noção não é somente vaga, mas também ambígua. Cf. POGGE, Thomas. **Realizing Rawls**. Ithaca: Cornell University, 1989, p. 21-28.

²⁶¹ JF, p. 16.

²⁶² Cf. RAWLS, John. Justice as fairness: political not metaphysical. **Philosophy and public affairs**, v. 14, n.3, p. 223-251, 1985. Entenda-se *metafísica*, nesse contexto, como o conjunto de proposições segundo as quais existiria uma realidade em si e por si mesma, independentemente de uma inteligência que as pensasse, a exemplo da presunção de uma “verdade universal e absoluta”. Não se estende esse conceito a toda e qualquer realidade suprassensível, isto é, que não possa ser apreendida pelos sentidos, pois se percebe que algumas considerações “transcendentais”, como os juízos de valor, são inafastáveis de qualquer atividade humana. Cf. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 88-99.

²⁶³ José Nedel lembra, ainda, que Rawls deixa aos próprios cidadãos a tarefa de resolver os problemas de religião, filosofia e moral, de acordo com as suas opiniões particulares livremente aceitas. Cf. NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 51.

²⁶⁴ JF, p. 14-15.

concordar com nenhuma autoridade moral, a exemplo de uma tradição religiosa, ou com os ditames do que alguns consideram ser a "lei natural"²⁶⁵.

Sem embargo, esse acordo deve respeitar certos requisitos para que seja válido sob o prisma da justiça política. Essas condições devem não somente situar as pessoas de modo equitativo, como também garantir que nenhuma delas tenha posições de negociação mais vantajosas do que a de outros, excluindo a possibilidade de ameaças, coações, fraudes etc., o que se revela dificultoso porque, na prática, as pessoas são desiguais²⁶⁶.

É por essa razão que Rawls define seu contrato social como sendo hipotético, celebrado em condições por ele imaginadas como ideais, isto é, consiste num acordo que abrange princípios que poderiam ser aceitos numa situação específica, a “posição original”. Esta, conforme o autor, é um “*status quo* inicial apropriado, e assim os consensos fundamentais nela alcançados são equitativos”²⁶⁷.

O caráter hipotético do contrato baseia-se na premissa de que uma situação equitativa entre pessoas morais livres e iguais deve se nivelar adequadamente às circunstâncias desse sistema. Os acordos concretos, porém, feitos quando os indivíduos conhecem seu lugar numa sociedade em funcionamento, são influenciados por contingências sociais e naturais desiguais.

É o que esclarece o filósofo:

[...] o acordo feito na posição original representa o resultado de um processo racional de deliberação em condições ideais e não-históricas que expressam certas exigências razoáveis. Não existe uma forma praticável de concretizar esse processo deliberativo e de assegurar que se conforme às condições impostas. Portanto, quando o resultado é alcançado pela deliberação das partes em ocasiões reais, ele não pode ser corroborado pela justiça procedimental pura. Em vez de se basear em acordos reais, é preciso chegar ao resultado raciocinado-se de forma analítica, isto é, a posição original deve ser caracterizada com exatidão suficiente para que seja possível descobrir, a partir da natureza das partes e da situação que enfrentam, que concepção de justiça é favorecida pelo equilíbrio de razões. O conteúdo da justiça deve ser descoberto pela razão, isto é, pela resolução do problema do acordo que se apresenta na posição original²⁶⁸.

²⁶⁵ JF, p. 15.

²⁶⁶ JF, *loc. cit.*

²⁶⁷ TJ, p. 13-14. No original, p. 11: “[...] *the appropriate initial status quo, and thus the fundamental agreements reached in it are fair*”. Para Van Parijs, esse *status quo* é definido por um “conjunto de condições que supostamente refletem, de um parte, as *circunstâncias da justiça*, ou seja, as circunstâncias típicas nas quais se apresenta a questão da justiça (escassez moderada, procura exclusiva do interesse próprio, etc.) e, de outro, os *constrangimentos da moralidade*, ou seja, os constrangimentos que distinguem a ação moral da ação interessada (adesão estrita a princípios, imparcialidade, etc.)” (In: VAN PARIJS, Philippe. **O que é uma sociedade justa?** Introdução à prática da filosofia política. Tradução de Cintia Ávila Carvalho. São Paulo: Ática, 1997, p. 62.).

²⁶⁸ PL, p. 326. No original, p. 273-274: “*the agreement in the original position represents the outcome of a rational process of deliberation under ideal and nonhistorical conditions that express certain reasonable constraints, There exists no practicable way actually to carry out this deliberative process and to be sure that conforms to the conditions imposed. Therefore, the outcome cannot be ascertained by pure procedural justice*

Importa destacar que o contrato social rawlsiano não é celebrado em estado de natureza, apesar de a concepção de *posição original* lembrar esta doutrina clássica. Ocorre que Rawls admite que os participantes do acordo já são dotados do *status* de membros da sociedade²⁶⁹. A justiça como equidade pressupõe a natureza social dos seres humanos, considerados como detentores de certa “virtude política natural”²⁷⁰.

Para Rawls, não faz sentido determinar a contribuição de uma pessoa para a sociedade, nem estimar quão melhor sua situação está em relação àquela que teria se não pertencesse a essa sociedade, e, depois ajustar os benefícios sociais dos cidadãos utilizando essas estimativas como ponto de referência. Nem a situação em outras sociedades, nem em um estado de natureza, teria qualquer papel na avaliação das concepções de justiça²⁷¹.

Assim, considerando que as partes do acordo já integram a sociedade, é preciso evitar que elas sejam influenciadas pelas condições que possuem naquela, como, por exemplo, seu *status social*, sua inteligência, sua força e o grupo étnico a que pertencem. Para tanto, Rawls adota o artifício do “véu de ignorância”, segundo o qual, “cobertas” por este, as partes teriam apenas as informações necessárias para que o acordo seja racional.

O véu, contudo, não impede que os participantes do acordo reconheçam fatos gerais da sociedade humana, como certos assuntos políticos, os princípios da teoria econômica e da psicologia humana, entre outros²⁷². O que esses agentes não podem conhecer, como salienta Gargarella, é “qualquer informação que lhes permita orientar a decisão em questão a seu próprio favor”²⁷³.

asrealized by deliberations of the parties on some actual occasion. Instead the outcome must be determined by reasoning analytically: that is, the original position is to be characterized with sufficient exactness so that it is possible to work out from the nature of the parties and the situation they confront which conception of justice is favored by the balance of reasons. The content of justice must be discovered by reason: that is, by solving the agreement problem posed by the original position”.

²⁶⁹ PL, p. 277.

²⁷⁰ Cf. NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 31.

²⁷¹ PL, p. 279. Rawls ressalta que a ideia de estado de natureza pode ser introduzida em relação ao chamado “ponto de ausência de acordo”, que pode ser entendido como o egoísmo geral e suas consequências. Essas condições, contudo, não identificariam um estado bem definido.

²⁷² TJ, p. 119. Rawls afirma que, mesmo cobertas pelo véu, as partes sabem que as pessoas são mais interessadas em si mesmas do que interessadas pelos outros e não desconhecem que as pessoas tendem sempre a buscar a maior quantidade de bens sociais primários, como liberdade, riqueza e auto-respeito.

²⁷³ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 22. José Nedel, lembra que o véu de ignorância será gradativamente levantado em etapas ulteriores da constituição da sociedade, até a última fase, quando será completa a suspensão. Cf. NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 59. Para Robert Nozick, contudo, a eficácia do véu de ignorância vai além do que ele pretende, isto é, o véu não só impede que alguém elabore princípios em vantagem própria, mas também obsta que qualquer sombra de considerações de direito a coisas entre nos cálculos racionais de indivíduos ignorantes, amorais, obrigados a decidir em uma situação que reflete algumas condições formais de moralidade. Conforme o crítico, a justiça na propriedade é histórica, dependendo do que de fato aconteceu; o que, entretanto, é ignorado pelos participantes do acordo de Rawls. Cf. NOZICK,

É evidente para Rawls que, na suposição de uma momentânea igualdade de condições e na posse de informações gerais sobre a sociedade e a condição humana, os negociadores admitirão unânimes que, numa sociedade bem-ordenada, é necessário cooperar e solucionar o conflito entre os interesses individuais e coletivos. Para isso, eles terão condições de estabelecer princípios gerais de justiça²⁷⁴.

Diferentemente do que ocorre nos contratos sociais das teorias clássicas, os participantes do acordo são personagens artificiais, indivíduos representativos que ocupam as diversas posições sociais ou funções estabelecidas pela estrutura básica²⁷⁵. São, dentro dos limites da posição original, livres “para fazer um acordo sobre quaisquer princípios de justiça que considerem os mais vantajosos para aqueles que representam”²⁷⁶.

Rawls reconhece, entretanto, que é necessário saber algo sobre as motivações básicas desses indivíduos. O autor pressupõe que os agentes imaginários visam alcançar um determinado tipo de bens que seriam imprescindíveis para realizar qualquer plano de vida que alguém deseje buscar, de modo que toda pessoa deve ter condições de buscar seu próprio projeto de vida, independentemente, em princípio, de seu conteúdo: os “bens primários”²⁷⁷.

Eis a lista dos bens (que pode ser ampliada, se necessário) apresentada por Rawls:

- a) os direitos e liberdades fundamentais, que também constituem uma lista; b) liberdade de movimento e livre escolha de ocupação num contexto de oportunidades diversificadas; c) poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica; d) renda e riqueza; e) as bases sociais do auto-respeito²⁷⁸.

Robert. **Anarchy, state, and utopia**. Oxford: Blackwell, 1999, p. 198-199. Jürgen Habermas, por sua vez, observa que cidadãos plenamente autônomos não podem ser representados sem essa autonomia. Para abarcarem o sentido dos princípios deontológicos que buscam, bem como os interesses de seus “clientes”, as partes devem estar providas de competências cognitivas mais amplas do que as exigidas para uma escolha racional de atores cegos para questões de justiça. Os ganhos potenciais com o expediente se dissipariam pela privação sistemática da informação. Cf. HABERMAS, Jürgen. Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls's political liberalism. **The Journal of Philosophy**. New York, v. 92, n. 3, mar. 1995, p. 113 e 116.

²⁷⁴ NEDEL, José. *op. cit.*, p. 59. Van Parijs coloca, com acerto, que essa noção de posição original “conduz à formulação de um problema de escolha na incerteza: trata-se, para as partes envolvidas, de negociar um contrato por meio do qual estarão ligadas na 'vida real', perseguindo seu interesse pessoal com base em um conhecimento das leis gerais que regem o homem e a sociedade, mas sem saber que posição social ocuparão na 'vida real' nem que características pessoais terão (branco ou negro, homem ou mulher, etc.).” (*In*: VAN PARIJS, Philippe. **O que é uma sociedade justa?** Introdução à prática da filosofia política. Tradução de Cintia Ávila Carvalho. São Paulo: Ática, 1997, p. 62.).

²⁷⁵ NEDEL, José. *op. cit.*, p. 32; DWORKIN, Ronald. The original position. *In*: DANIELS, Norman (Org.). **Reading Rawls: critical studies on Rawls' 'A theory of justice'**. Stanford: Stanford University, 1989, p. 17. Habermas afirma, em contrapartida, que a teoria de Rawls deveria ser submetida à crítica de cidadãos reais de carne e sangue, não de cidadãos fictícios, no fórum da razão pública. Cf. HABERMAS, *op. cit.*, p. 121.

²⁷⁶ PL, p. 119. No original, p.: “[...] *they are free within the constraints of the original position to agree to whatever principles of justice they think most to the advantage of those they represent*”.

²⁷⁷ PL, p. 177.

²⁷⁸ PL, p. 228. No original, p. 181: “*a. basic rights and liberties, also given by a list; b. freedom of movement and free choice of occupation against a background of diverse opportunities; c. powers and prerogatives of offices and positions of responsibility in the political and economic institutions of the basic structure; d. income and*

Eles são classificados em duas espécies: os bens de tipo social e os bens de tipo natural. Bens primários de tipo social são aqueles diretamente distribuídos pelas instituições sociais (a exemplo da riqueza, das oportunidades e dos direitos). Bens primários de tipo natural, ao contrário, não são distribuídos diretamente pelas instituições sociais (como os talentos, a saúde e a inteligência)²⁷⁹.

Por não dependerem da concepção de bem de cada pessoa, os bens primários já podem ser identificados na posição original, quando elas se encontram sob o véu de ignorância²⁸⁰. Uma vez identificados, eles passam a desempenhar uma importante função nos julgamentos de justiça da sociedade: eles constituem o critério para as inevitáveis comparações interpessoais²⁸¹.

Os princípios que as partes escolherão “são aqueles que pessoas racionais interessadas em promover seus interesses aceitariam nessa posição de igualdade, para determinar os termos básicos de sua associação”²⁸². Os participantes do acordo, na leitura de Nedel, optarão pelos princípios “que uma pessoa elegeria para o esboço de uma sociedade na

wealth; and finally, e. the social bases of self-respect.”

²⁷⁹ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 23.

²⁸⁰ Frise-se, porém, que Rawls não supõe que a lista de bens primários seja o resultado de uma pesquisa empírica sobre o que é universalmente considerado pelos seres humanos como necessário à sua felicidade. Ela é, isso sim, “o produto de uma reflexão sobre as condições contextuais e os meios gerais requeridos para a realização dos interesses superiores da pessoa, na concepção particular que se considera que a caracterização da posição original exprime[...]” Cf. VAN PARIJS, Philippe. **O que é uma sociedade justa?** Introdução à prática da filosofia política. Tradução de Cintia Ávila Carvalho. São Paulo: Ática, 1997, p. 67.

²⁸¹ PL, p. 179. Amartya Sen critica o critério adotado por Rawls. Para ele, renda, recursos ou bens primários, todos são meios para a consecução de um fim, que é o exercício da *liberdade*. A liberdade consiste na existência de meios para que o indivíduo desenvolva suas capacidades (*functionings*), abrangendo não só as liberdades de locomoção, de expressão e de mercado, mas o direito à vida, à integridade física, à saúde. A proposta de Sen não se concentra, assim, em elementos que sejam apenas meios ou instrumentos, mas no fim ao qual eles se destinam, de modo que as desigualdades devem ser aferidas a partir da *capacidade* dos sujeitos para transformar esses recursos em liberdades. Cf. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Amartya Sen como intérprete e crítico da teoria da justiça de John Rawls**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/10092742/Amartya-Sen-Como-Critico-de-J-Rawls>>. Acesso em: 10 jul. 2014. O problema da crítica de Sen é que não se pode ter acesso a todas as informações necessárias para comparar as capacidades. Supondo-se que alguém tenha capacidades para tornar-se executivo de uma grande empresa e, mesmo assim, por uma opção consciente, decida pela carreira de professor universitário, na visão de Sen, o professor não teria menos capacidades do que o executivo. No entanto, como se poderia operar com as desigualdades nos quinhões distributivos entre ambos? Tanto o professor como o executivo teriam, por exemplo, as mesmas condições para cuidar de seus filhos? Parece mais plausível, portanto, lidar com as desigualdades remanescentes em termos de uma distribuição equitativa dos *meios* para a liberdade efetiva – oportunidades de adquirir as qualificações mais recompensadas, renda e riqueza – do que em termos da noção de Sen de “igualdade de capacidade”. Veja-se, nesse sentido: VITA, Álvaro de. *Justiça distributiva: a crítica de Sen a Rawls*. **Dados**, v. 42, n. 3, Rio de Janeiro: 1999.

²⁸² TJ, p. 128. No original, p. 102: “*These principles are those which rational persons concerned to advance their interests would accept in this position of equality to settle the basic terms of their association*”. Ronald Dworkin critica, no que lhe assiste razão, o raciocínio segundo o qual pelo fato de que alguém teria dado consentimento a certos princípios, se a isto tivesse previamente sido instado, é justo aplicar-lhes estes mesmos princípios mais tarde, em circunstâncias potencialmente diferentes. Para Dworkin, tal raciocínio é incorreto porque o interesse antecedente das pessoas na posição original não necessariamente coincide com o dos homens contemporâneos. Cf. DWORKIN, Ronald. *The original position*. In: DANIELS, Norman (Org.). **Reading Rawls: critical studies on Rawls’ ‘A theory of justice’**. Stanford: Stanford University, 1989, p. 18-20.

qual seu próprio inimigo lhe fosse assinar o lugar”²⁸³.

Para tanto, Rawls sustenta que os sujeitos da posição original basear-se-iam na chamada “regra *maximin*”. Conforme esta, em momentos de incerteza quanto à escolha de uma só entre diferentes alternativas aparentemente interessantes, deve-se hierarquizá-las de acordo com seus piores resultados possíveis, de modo que seja adotada a alternativa cujo pior resultado seja superior ao pior dos resultados das demais²⁸⁴.

A escolha desse critério tem por fundamento o fato de que, nas circunstâncias da posição original, os participantes do acordo não sabem qual é a probabilidade que têm a seu alcance. Dessa forma, não procurariam favorecer este ou aquele grupo, mas se ateriam exclusivamente ao que lhes parecesse justo, trabalhando, inclusive, com a hipótese do risco de que eles próprios caíssem no infortúnio ou de que lhes acontecesse o pior²⁸⁵.

Com o intuito de garantir seu próprio futuro, as partes desejarão que eventuais desigualdades na distribuição dos bens e das funções de chefia resultem em benefício para os menos favorecidos²⁸⁶. Isto será bom não só para cada um quando estiver em situação pior, caso isto venha a se realizar, como também para outros que estiverem entre os mais e os menos bem situados, devido a uma “conexão em cadeia”²⁸⁷.

Rawls afirma que o raciocínio empregado pelas partes na análise das concepções de justiça envolve uma estratégia de “equilíbrio reflexivo”. Esta consiste em um método adaptado da epistemologia analítica para a argumentação moral que pretende estabelecer “uma coerência entre juízos ponderados sobre casos particulares, de um lado, e o conjunto de princípios éticos e seus pressupostos teóricos, de outro”²⁸⁸.

Como explica Gargarella,

A ideia é começar isolando os juízos morais sobre os quais temos mais confiança (os “juízos morais considerados” segundo “juízes morais competentes”); depois buscar princípios gerais que possam explicar tais juízos; depois (dependendo de até que ponto possamos “encaixar” aqueles juízos nesses princípios gerais) rever nossos

²⁸³ NEDEL, José, NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 61.

²⁸⁴ TJ, p. 133.

²⁸⁵ Gargarella oferece um exemplo claro do que se pretende evitar nesse caso: se uma das alternativas em questão permite que alguns terminem em uma situação de virtual escravidão, essa situação será inaceitável, por mais que possa outorgar grandes benefícios à maioria restante. Cf. GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 24.

²⁸⁶ Dizer que as desigualdades de renda e riqueza têm de ser dispostas de modo que elevem ao máximo os benefícios para os menos favorecidos significa, na visão de Rawls, que é necessário comparar esquemas de cooperação e verificar a situação dos menos favorecidos em cada esquema para, em seguida, escolher o esquema no qual os menos favorecidos estão em melhor situação do que em qualquer outro. Cf. JF, p. 58-59.

²⁸⁷ TJ, p. 69.

²⁸⁸ OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p.15.

juízos iniciais; e assim sucessivamente até encontrar o equilíbrio desejado (princípios que, segundo entendemos, não é necessário voltar a modificar)²⁸⁹.

É importante mencionar, todavia, que, com a posição original, Rawls não busca uma *fundamentação* para os princípios da justiça, e sim uma *justificação*. Fundamentações tentam demonstrar princípios morais a partir da razão humana, pretendendo que tais princípios sejam verdadeiros, como em uma dedução matemática à maneira da geometria (*more geometrico*)²⁹⁰.

Justificações têm outra natureza. Não consideram que princípios morais sejam demonstráveis da mesma forma que leis da natureza ou enunciados matemáticos, de sorte que não propugnam pela verdade absoluta dos juízos morais a que chegam, mas apenas defendem a superioridade desses com relação a todos os outros que foram avaliados (no caso, pelas partes da posição original)²⁹¹.

O modo pelo qual os princípios serão determinados, ao invés do raciocínio individual e solitário, que considera a razão como material suficiente para deduzir princípios morais, é o acordo político. Desta feita, serão buscadas as premissas comuns aos argumentos que se contrapõem, ou seja, nas palavras de Carlos de Jesus, o “solo comum às ideias discordantes que nele germinaram²⁹²”.

A justiça para Rawls é puramente procedimental, não havendo um critério de julgamento independente, pois o que é justo é definido pelo próprio procedimento²⁹³. Rawls defende um *construtivismo político* inspirado em Kant²⁹⁴, isto é, um acordo, baseado na razão prática, que pressupõe uma concepção complexa de pessoa e avalia os juízos morais de acordo com o razoável²⁹⁵.

²⁸⁹ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 24.

²⁹⁰ JESUS, Carlos Frederico Ramos de. **John Rawls**: a concepção de ser humano e a fundamentação dos direitos do homem. Curitiba: Juruá, 2011, p. 61.

²⁹¹ *Id. Ibid., loc. cit.* Talvez por isso Rawls tenha intitulado a sua principal obra de “*Uma teoria da justiça*”.

²⁹² *Id. Ibid., p. 62.*

²⁹³ Rawls critica, assim, o *intuicionismo*, que prega a existência de uma ordem valores corretos que independem da vontade humana. Como observa Reginaldo da Costa, “[...] se os valores resultam de evidências intuídas, não há espaço para estabelecer o que é razoável quando há discordância dessas evidências, pois, as evidências intuitivas são imediatas, de onde se pode concluir, também, que o critério intuicionista é, também, irracional ou pré-racional.” (*In*: COSTA, Reginaldo da. **Ética e filosofia do direito**. Fortaleza: ABC, 2006, p. 41.).

²⁹⁴ Cf. O’NEILL, Onora. Constructivism in Rawls and Kant. *In*: FREEMAN, Samuel (Org.). **The Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University, 2003, p. 347. “A filiação kantiana do neocontratualismo de Rawls reside sobretudo no seu procedimentalismo, na medida em que concebe a justiça como imparcialidade, em oposição a modelos hobbesianos (justiça como regramento de interesses ou barganha); sua argumentação deontológica (a posição original enquanto teste de universalidade); e seu liberalismo constitucional (reapropriação dos ideais de liberdade e tolerância, de John Locke, e de igualdade e vontade geral, de Jean-Jacques Rousseau)”. (*In*: OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 15.).

²⁹⁵ PL, p. 91-94. Veja-se, ainda: JESUS, Carlos Frederico Ramos de. *op. cit.*, p. 65; VAN PARIJS, Philippe. **O que é uma sociedade justa?** Introdução à prática da filosofia política. Tradução de Cintia Ávila Carvalho. São

Para que o construtivismo de Rawls faça sentido, portanto, é preciso que se admita que o *justo* pode ser determinado como resultado de um processo que permita chegar ao acordo razoável entre todas as partes, e não descoberto como um fato preexistente²⁹⁶. Além disso, deve-se considerar possível a imposição de condições razoáveis ao procedimento para que este permita identificar uma teoria da justiça como sendo a mais apropriada²⁹⁷.

Por fim, é preciso destacar que a posição original é apenas *uma* das maneiras pelas quais os princípios da justiça podem ser justificados, não consistindo em uma descrição histórica, mas em um artifício que auxilia as partes a pensarem moralmente²⁹⁸. Os princípios da justiça podem ser derivados diretamente das premissas morais adotadas por Rawls, sem a necessidade de se passar pelo “estágio intermediário” da posição original²⁹⁹.

3.2.3 Conteúdo: os princípios de justiça

Para Rawls, os princípios respondem à questão fundamental da filosofia política relativa a um regime democrático constitucional. Esta indaga qual concepção política de justiça é a mais apropriada para especificar os termos equitativos de cooperação entre cidadãos vistos como livres e iguais, razoáveis e racionais, e como membros normais e plenamente cooperativos da sociedade ao longo de toda a vida, geração após geração³⁰⁰.

A função dos princípios da justiça (como parte de uma concepção política de justiça), então, reside em determinar os termos equitativos da cooperação social. Eles especificam quais os direitos e deveres básicos que devem ser garantidos pelas principais instituições políticas e sociais, regulam a divisão dos benefícios advindos da cooperação

Paulo: Ática, 1997, p. 66-69.

²⁹⁶ Destacando que a metáfora da *construção* foi largamente utilizada na filosofia do século XX, Onora O'Neill salienta que os construtivistas éticos, dentre os quais figura Rawls, negam a existência de fatos ou propriedades morais independentes, que possam ser descobertos ou intuídos, e que fornecerão fundamentos para a ética, cf. O'NEILL, *op. cit.*, p. 348. Segundo Carlos Nino, a concepção construtivista apresenta a moral como um "artefato humano", isto é, como algo que depende essencialmente das ações e atitudes dos homens. Cf. NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 117.

²⁹⁷ VAN PARIJS, *op. cit.*, p. 68.

²⁹⁸ Por essa razão é que, embora a posição original tenha recebido mais atenção de Rawls do que talvez fosse necessário, não se deve considerá-la inútil, como o fazem alguns de seus críticos (v.g. DWORKIN, Ronald. The original position. In: DANIELS, Norman (Org.). **Reading Rawls: critical studies on Rawls' 'A theory of justice'**. Stanford: Stanford University, 1989.).

²⁹⁹ Cf. NAGEL, Thomas. Justice and nature. **Oxford Journal of Legal Studies**. Oxford, v. 17, n. 2, 1997, p. 311; Carlos de Jesus lembra, ainda, que no capítulo II de *A theory of justice*, Rawls defende os princípios da justiça por seus próprios méritos, sem recorrer à posição original. Cf. JESUS, Carlos Frederico Ramos de. *op. cit.*, p. 92.

³⁰⁰ JF, p. 10. Rawls defende que essa questão é fundamental porque foi o eixo da crítica liberal da monarquia e da aristocracia e da crítica socialista da democracia constitucional liberal. É também o eixo do atual conflito entre o liberalismo e ideias conservadoras no que diz respeito às exigências da propriedade privada e à legitimidade (em oposição à eficácia) das políticas sociais relacionadas ao assim chamado estado de bem-estar social.

social e distribuem os encargos necessários para mantê-la³⁰¹.

Para tanto, os princípios de justiça contidos no acordo original devem ser *gerais, universais, irrecorríveis e públicos*³⁰². Gerais porque se impõe que seus predicados expressem características e relações gerais; universais porque ninguém pode escapar de sua incidência. Irrecorríveis: representam a instância final de apelo ao raciocínio prático; e públicos porque seu conhecimento deve ser acessível aos indivíduos de qualquer geração.

Segundo Rawls, os princípios escolhidos na posição original seriam dois:

a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer a duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença)³⁰³.

Pelo primeiro princípio, exige-se a aplicação das liberdades fundamentais a todos os indivíduos, imparcialmente, de acordo com uma lista concebível na posição original. Nesse rol, estão elencadas as liberdades de pensamento e de consciência; as liberdades políticas e de associação; as liberdades decorrentes da integridade (física e psicológica) das pessoas; e, finalmente, os direitos e liberdades abarcados pelo Estado de Direito³⁰⁴.

Essas liberdades compreendem uma série de garantias que o pensamento democrático procurou concretizar ao longo da história, confundindo-se mesmo com alguns dos *direitos humanos* reconhecidos internacionalmente³⁰⁵. Dizem respeito, ainda, consoante

³⁰¹ JF, p. 8. Os dois princípios “[...] devem ser tomados como regras formais-procedurais capazes de estabelecer critérios normativos e de determinar resultados equitativos.” Cf. OLIVEIRA, Nythamar de. **Tractatus ethico-politicus**: genealogia do ethos moderno. Porto Alegre: , EIPUCRS, 1999, .p. 169.

³⁰² NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls**: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 62-63.

³⁰³ JF, p. 60. No original, p. 42-43: “(a) *Each person has the same inderfeasible claim to a fully adequate scheme of equal basic liberties, which scheme is compatible with the same scheme of liberties for all; and (b) Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be to the greatest benefit of the least-advantaged members of society*lt (the difference principle)”.

³⁰⁴ JF, p. 44. Virgílio Afonso da Silva verifica que, apesar da vagueza da lista (especialmente em seu último elemento), resta claro que muitos dos direitos fundamentais garantidos por várias constituições contemporâneas não são contemplados por Rawls, como, v.g., o direito geral de liberdade, o direito de propriedade e os direitos sociais. Para o filósofo norte-americano, se tal lista fosse ampliada, correr-se-ia o risco de enfraquecer a proteção das liberdades mais essenciais, pois se teria de aceitar as dificuldades inerentes ao necessário sopesamento entre elas. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 90. Rawls pretende evitar esse transtorno por meio da problemática noção de *prioridade*, analisada a seguir.

³⁰⁵ JF, p. 45. Rawls afirma que uma lista dessas liberdades pode ser formulada de duas maneiras: a histórica e a analítica. Pela primeira, examinam-se diversos regimes democráticos e se reúnem uma lista de direitos e liberdades que pareçam ser básicos e protegidos naqueles que, historicamente, mostraram-se os regimes mais bem-sucedidos. Pela segunda, avalia-se quais liberdades fornecem as condições políticas e sociais essenciais para o adequado desenvolvimento e pleno exercício das duas faculdades morais das pessoas livres e iguais.

Rawls, aos chamados “elementos constitucionais essenciais”: temas acerca dos quais, em face do pluralismo, torna-se mais urgente alcançar um acordo político³⁰⁶.

O segundo princípio, por outro lado, é geralmente desdobrado em dois, havendo, por isso, quem afirme que são três os princípios de justiça rawlsianos³⁰⁷. São eles: o “princípio da igualdade equitativa de oportunidades”, segundo o qual os cargos e posições sociais devem ser acessíveis a todos; e o “princípio da diferença”, que determina a maximização das expectativas dos menos favorecidos, a partir da citada regra *maximin*.

Em relação ao primeiro dos subprincípios, cumpre observar que a ideia de igualdade *equitativa* de oportunidades foi introduzida por Rawls para corrigir os defeitos da igualdade *formal* de oportunidades. Para tanto, exige que todos cargos públicos e posições sociais não só sejam abertos como, mais do que isso, que todos as pessoas tenham uma chance equitativa de acesso a eles³⁰⁸.

Rawls especifica a noção supondo que, se houvesse uma distribuição de dons naturais, aqueles que possuem o mesmo nível de talento e habilidade e a mesma disposição para usar esses dons deveriam ter perspectivas de sucesso semelhantes, independentemente de suas classes sociais. Em outras palavras, deve haver praticamente as mesmas perspectivas de realização social para todos aqueles que apresentam motivação e dotes similares³⁰⁹.

Para que esse objetivo seja alcançado, o autor considera necessário que se imponham certas exigências à estrutura básica além daquelas do sistema de liberdade natural. Seria preciso, por exemplo, garantir um sistema de mercado livre que ajustasse as tendências de longo prazo das forças econômicas, impedindo a concentração excessiva da propriedade e da riqueza, especialmente aquela que conduz à dominação política³¹⁰.

Rawls não conta, todavia, com a possibilidade de uma sociedade sem divisão em classes sociais, pois entende que as desigualdades que afetam as expectativas de vida das pessoas são inevitáveis e que é com elas que devem operar os princípios de justiça. A doutrina rawlsiana, portanto, não propugna um estrito *igualitarismo social*, como ocorre em modelos socialistas ou comunistas³¹¹.

³⁰⁶ JF, p. 60.

³⁰⁷ É o caso de Thomas Nagel. Cf. NAGEL, Thomas. Justice and nature. **Oxford Journal of Legal Studies**. Oxford, v. 17, n. 2, 1997, p. 307.

³⁰⁸ JF, p. 43-44.

³⁰⁹ JF, p. 44.

³¹⁰ JF, p. 44. Outra exigência, v.g., seria a de que a sociedade estabelecesse oportunidades iguais de educação para todos independentemente da renda familiar.

³¹¹ É interessante notar, com Van Parijs, que isso não impede que Rawls seja, sob certos aspectos, mais “igualitarista” do que Marx. Dessa forma, o princípio “a cada um segundo o seu trabalho”, que deve, segundo Marx, reger a distribuição de vantagens socioeconômicas no primeiro estágio da sociedade comunista, tolera as desigualdades, ligadas à quantidade, à intensidade e talvez ao grau de qualificação do trabalho realizado, o que não seria necessariamente legitimado pelo *princípio da diferença*. O mesmo se verifica em relação ao princípio

A grande inovação de Rawls nessa matéria consiste em fazer das desigualdades uma espécie das igualdades, isto é, se há desigualdades, estas se inserem no âmbito maior das igualdades, sendo assim aceitáveis³¹². Como todos possuem os mesmos direitos e deveres, as desigualdades serão justas na medida em que proporcionarem benefícios para todos, especialmente para os menos privilegiados³¹³.

Na visão de Rawls, há, então, desigualdades úteis, decorrentes, em parte, da necessidade de conceder incentivos a determinadas pessoas para que desempenhem certas atividades que nem todos seriam capazes de realizar com igual perfeição³¹⁴. Tais desigualdades se justificam na hipótese de contribuírem para melhorar a posição do grupo em pior situação, quando sem elas tal grupo permaneceria em situação ainda mais degradante³¹⁵.

Há, também, desigualdades de perspectivas de vida dos cidadãos que são imerecidas, afetadas que são por contingências como a classe social de origem, os talentos naturais (a “loteria natural”) e a boa ou má sorte ao longo da vida (doenças, acidentes, períodos de desemprego voluntário etc.). O conhecimento dos dotes naturais na posição original é, inclusive, inviabilizado pelo véu de ignorância.

Ocorre que, para Rawls, a distribuição natural não é justa nem injusta; nem é injusto que pessoas nasçam em alguma posição particular na sociedade. Justo ou injusto é o modo com as instituições lidam com esses fatos³¹⁶. Assim, para que nem indivíduos nem grupos sejam condenados para sempre a posições de exclusão, servidão ou inferioridade, e para que a igualdade democrática seja maior, tais desigualdades merecem compensação³¹⁷.

Isso não quer dizer, todavia, que o princípio da diferença se identifique com o *princípio da reparação*. Este sugere que desigualdades imerecidas devem ser reparadas, de

“a cada um segundo suas necessidades”, que corresponderia ao estágio superior da sociedade comunista. Cf. VAN PARIJS, Philippe. **O que é uma sociedade justa?** Introdução à prática da filosofia política. Tradução de Cintia Ávila Carvalho. São Paulo: Ática, 1997, p. 77.

³¹² Cf. OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 20.

³¹³ Problema grave da metodologia rawlsiana reside na imprecisão das expressões *menos privilegiados* ou *menos favorecidos*. Quais parâmetros devem ser usados para caracterizar esse desfavorecimento: deficiência de bens primários naturais ou de bens primários sociais? O que fazer quando os mais desfavorecidos em relação a uma dimensão não o são em relação a outras? Como definir, sem arbitrariedades, as dimensões do grupo dos menos favorecidos? Para essas perguntas, Rawls parece não ter oferecido respostas satisfatórias. Cf. VAN PARIJS, Philippe. **O que é uma sociedade justa?** Introdução à prática da filosofia política. Tradução de Cintia Ávila Carvalho. São Paulo: Ática, 1997, p. 70.

³¹⁴ NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 67.

³¹⁵ É o que ocorre com as chamadas *ações afirmativas*, a exemplo do sistema de cotas raciais. Sobre o tema, confira-se: NAGEL, Thomas. John Rawls and affirmative action. **The Journal of Blacks in Higher Education**, New York, n. 39, p. 82-84, 2003. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3134387>>. Acesso em: 6 set. 2011.

³¹⁶ TJ, p. 87.

³¹⁷ Rawls se afasta, assim, do pensamento *libertariano* propugnado por Robert Nozick, de acordo com o qual não caberia ao Estado intervir para assegurar a igualdade de oportunidades nem para melhorar a sorte dos mais desfavorecidos. Cf. NOZICK, Robert. **Anarchy, state, and utopia**. Oxford: Blackwell, 1999.

modo que a sociedade deve sempre dar mais atenção aos menos favorecidos. Assim, um volume maior de recursos deve ser empregado na educação dos menos inteligentes, e não o contrário, pelo menos durante certo tempo³¹⁸.

O princípio da diferença, por outro lado, não exige que a sociedade contrabalance as desvantagens, como se fosse esperado de todos que competissem numa base equitativa em uma mesma corrida. Por ele também se alocaria recursos na educação, a fim de melhorar as expectativas a longo prazo dos menos favorecidos, porém, se esse objetivo é atingido quando se dá mais atenção aos mais favorecidos, também é permissível fazê-lo³¹⁹.

Dessa forma, o princípio da reparação é apenas um dos elementos da concepção de justiça rawlsiana, devendo, enquanto norma *prima facie*³²⁰, ser pesado juntamente aos outros. Apesar de se dever sempre levar em conta as reivindicações reparatórias, o princípio da reparação deve ser ponderado, por exemplo, com o princípio da melhoria do padrão médio de vida e o da promoção do bem comum³²¹.

O ideal de solidariedade rawlsiano, todavia, não se esgota na maximização da expectativa dos menos favorecidos contemporâneos, estendendo-se igualmente às gerações futuras³²². Pessoas de diferentes gerações têm deveres e obrigações em relação umas às outras exatamente como as têm as pessoas que vivem numa mesma época, de modo que não podem fazer apenas o que lhes bem aprouver³²³.

Assim, tendo em vista as gerações vindouras, a distribuição dos recursos regulada pelo princípio da diferença deve respeitar um “poupança justa”. Esta seria atingida por meio de “uma aceitação, que expressa um julgamento político, das políticas destinadas a melhorar o padrão de vida das gerações posteriores dos menos favorecidos, renunciando-se assim aos ganhos imediatos que estão disponíveis”³²⁴.

Cumprir observar que os princípios de justiça devem ser ordenados em uma série lexicográfica (léxica ou lexical)³²⁵, de modo que os primeiros devem ser completamente

³¹⁸ TJ, p. 86.

³¹⁹ TJ, p. 86.

³²⁰ Com base na doutrina de Robert Alexy, fala-se que os princípios têm caráter *prima facie* porque, diferentemente das regras, eles não são mandamentos *definitivos* que devem ser realizados *totalmente*. Ao contrário, são mandamentos de *otimização*, isto é, a sua realização é sempre parcial, devendo ocorrer na *máxima medida possível*, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas presentes. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45.

³²¹ TJ, p. 86. Sobre a ponderação de princípios, veja-se: SILVA, Virgílio Afonso da, *op. cit.*, p. 50.

³²² NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls**: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 68.

³²³ TJ, p. 258.

³²⁴ TJ, p. 323. No original, p. 258: “Saving is achieved by accepting as a political judgment those policies designed to improve the standard of life of later generations of the least advantaged, thereby abstaining from the immediate gains which are available”.

³²⁵ Tal como se verifica, por exemplo, em uma lista telefônica ou num dicionário, em que todas os nomes ou

satisfeitos antes dos seguintes. Assim, o primeiro princípio, o das liberdades básicas, tem prioridade sobre o segundo, o das diferenças sociais e econômicas. Da mesma forma, o sub-princípio da igualdade de oportunidades tem prioridade sobre o sub-princípio da diferença.

Essa prioridade exclui a possibilidade de negociações entre os direitos e liberdades básicos abrangidos pelo primeiro princípio e as vantagens sociais e econômicas reguladas pelo segundo. Por exemplo, não se pode negar a certos grupos as liberdades políticas iguais sob o pretexto de que, se as exercessem, isso lhes permitiria inviabilizar políticas essenciais à eficácia e ao crescimento econômicos³²⁶.

No entanto, tal hierarquização dependeria de que a sociedade tivesse atingido determinado nível de desenvolvimento econômico que possibilitasse satisfazer as necessidades materiais básicas. Rawls postula que, sob determinadas condições históricas, as liberdades fundamentais podem sofrer restrições, desde que sempre em benefício das condições econômicas e sociais³²⁷.

Finalmente, é mister destacar que os princípios de justiça são adotados e aplicados numa sequência de quatro estágios: a posição original, a convenção constituinte, a fase legislativa e a fase final. A partir do primeiro, quando as partes adotam os princípios de justiça encobertas por um véu de ignorância, as limitações quanto ao conhecimento disponível para os agentes vão sendo progressivamente relaxadas nas três etapas seguintes.

É no estágio da convenção constituinte que a Constituição é elaborada. No estágio legislativo, as leis são promulgadas de acordo com o que a Constituição e os princípios de justiça exigem. No estágio final, a Constituição e as leis são aplicadas pelo Judiciário e, geralmente, seguidas pelos governantes e cidadãos. Neste último estágio, todos os cidadãos

palavras iniciados pela letra “a” têm prioridade sobre os iniciados com a letra “b”.

³²⁶ TJ, p. 132.

³²⁷ TJ, p. 214-220. Heiner Bielefeldt observa que a hierarquização dos dois princípios de justiça vinga-se através do fato de, sob determinadas condições, principalmente diante da urgência em satisfazer necessidades materiais, essa hierarquização poderia ser invertida. Por essa razão, tornar-se-ia difícil superar o argumento de que, para assegurar um padrão mínimo econômico é preciso, inicialmente, suspender direitos à liberdade; argumento esse que é frequentemente utilizado por ditadores de todos os tipos. A restrição dos direitos à liberdade a um cânone de direitos clássicos-liberais, feita por Rawls, leva, paradoxalmente, à conclusão de que toda primazia da liberdade seja questionada, por provar ser dependente do *status* econômico e social da sociedade. Bielefeldt postula, então, corretamente, que essa deficiência da teoria rawlsiana somente pode ser sanada pela desistência da adoção dessa hierarquização de direitos civis e liberdade, de um lado, e de direitos econômicos e sociais, de outro, de modo que haja uma “dilatação” tal da abrangência da primazia da liberdade que os direitos sociais sejam por ela abarcados e submetidos ao imperativo da concretização da liberdade. Direitos econômicos e sociais, quando a serviço da concretização da liberdade, não apenas elevam o valor da liberdade, mas tornam-se, eles mesmos, direitos originais à liberdade, desaparecendo-se a hierarquização e reforçando-se a indivisibilidade entre eles. Cf. BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 123-125. Veja-se, ainda, sobre esse ponto específico: HART, Herbert. Rawls on liberty and its priority. In: DANIELS, Norman (Org.). **Reading Rawls: critical studies on Rawls' 'A theory of justice'**. Stanford: Stanford University, 1989, p. 230-250.

têm acesso completo a todos os fatos³²⁸.

O primeiro princípio aplica-se diretamente ao estágio da convenção constituinte, de modo que é em face da Constituição que se pode perceber se os elementos constitucionais essenciais estão garantidos. O segundo princípio, por sua vez, aplica-se especialmente ao estágio legislativo, relacionando-se com a legislação infraconstitucional elaborada, e com as diversas questões que surgem daí.

³²⁸ JF, p. 48.

4 SOBRE O “DIREITO DOS POVOS” E AS CONTRIBUIÇÕES DA CONCEPÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DE JOHN RAWLS

4.1 O Direito dos Povos

Uma vez que o processo de construção conceitual dos direitos humanos, com as dificuldades a ele inerentes, e o paradigma da “justiça como equidade”, proposto por John Rawls, foram analisados nos dois primeiros capítulos, dispomos agora do instrumental necessário a que se possa alcançar o objetivo central desta dissertação. Para tanto, dividiremos este terceiro (e último) capítulo, assim como seus antecessores, em duas partes.

Na primeira parte, verificaremos como, em sua última obra, *The law of peoples* (1999)³²⁹, Rawls pretendeu estender a sua teoria da justiça do plano doméstico para o plano internacional³³⁰. Observaremos em que consistem a “Sociedade dos Povos” e o “Direito dos Povos”, quais princípios este determina que sejam respeitados e, por fim, que papéis os direitos humanos desempenham nesse contexto.

³²⁹ Para as citações originais da obra mencionada, será utilizada a seguinte edição: RAWLS, John. **The law of peoples**. Cambridge: Harvard, 1999. Para as citações em português: RAWLS, John. **O direito dos povos**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Doravante, a obra será indicada pela abreviação: PL. As abreviações que foram utilizadas no capítulo II também o serão neste.

³³⁰ Rawls já havia feito breve menção acerca do assunto em TJ, p. 332. Segundo Thomas Pogge, “*The law of peoples* pode não apresentar as grandes virtudes de *A theory of justice* – uma bem elaborada, precisa e rigorosa demonstração de seu argumento central e o seu sofisticado tratamento da justiça econômica. Entretanto, o novo trabalho oferece modestamente uma progressiva articulação das visões gerais sobre a justiça internacional que vigoram largamente entre os cientistas políticos, economistas e o público em geral. Ele é extremamente útil para uma defesa detalhada, sofisticada e abalizada que dá alguma unidade e profundidade a essas visões populares, e permite sua sistemática comparação com outras alternativas mais cosmopolitas” [tradução livre]. No original: “*The Law of Peoples cannot match the great strengths of A Theory of Justice – the very elaborate, precise and rigorous statement of its central argument and its sophisticated treatment of economic justice. Still, the new work provides a modestly progressive articulation of general views about international justice that are widely held among political scientists, economists and the general public. It is extremely useful to have a detailed, sophisticated and authoritative defence that gives these popular views some depth and unity, and allows their systematic comparison to more cosmopolitan alternatives*”. (In: POGGE, Thomas. Rawls on international justice. **The Philosophical Quarterly**, v. 51, n. 203, abr. 2001, p. 253.).

4.1.1 A justiça como equidade no plano internacional

Por *Direito dos Povos*, Rawls denomina uma concepção liberal que generaliza a ideia de *justiça como equidade* com o intuito de orientar as normas de Direito Internacional e assegurar a coexistência pacífica entre os diversos povos³³¹. Estes, sejam liberais ou não, comporão a chamada *Sociedade dos Povos* na medida em que suas condutas recíprocas estiverem pautadas pelos princípios do Direito dos Povos³³².

Segundo Rawls, em que pese o fato de viverem em um mundo violento, a base para a paz e a estabilidade das sociedades não pode consistir simplesmente no equilíbrio de poderes e na *Realpolitik*³³³. A condição para que aquelas sejam alcançadas é a existência de regras e instituições legítimas que possam regular, imparcialmente, as relações entre os membros da Sociedade dos Povos, limitando-lhes a soberania³³⁴.

O Direito Internacional necessita, portanto, de uma teoria de justiça política que lhe forneça diretrizes publicamente acordadas, e poderes para fazê-las valer no caso de não serem observadas. O objetivo de Rawls é estabelecer uma nova estrutura normativa para as relações internacionais baseada em princípios morais que arbitrarão os conflitos entre os povos em todos os níveis: político, econômico, territorial etc³³⁵.

Duas ideias principais motivam o desenvolvimento do Direito dos Povos. A primeira é a de que os grandes males da história humana (como as guerras injustas, a perseguição religiosa, a fome e a pobreza, entre outras) decorrem da injustiça política. A segunda é a de que esses males desaparecerão quando as formas mais graves de injustiça política forem eliminadas por políticas sociais e instituições básicas justas³³⁶.

Rawls postula que, por meio do Direito dos Povos, muitos dos problemas da política externa contemporânea seriam resolvidos sem maiores dificuldades. Isso porque os integrantes da Sociedade dos Povos possuem estruturas internas democráticas que respeitam a independência e a igualdade dos demais povos, de modo que não teriam motivos para, por

³³¹ Catherine Audard lembra que tanto uma teoria da *justiça* como uma teoria *normativa* são ideias “novas” no âmbito da teoria das relações internacionais, que até pouco tempo era dominada pelo pensamento *realista*. Somente após a 2ª Guerra Mundial, e a conseqüente maior preocupação com os direitos humanos e com a limitação da soberania dos Estados, é que foi elaborado um discurso normativo sobre as relações políticas na esfera internacional. Cf. AUDARD, Catherine. **John Rawls**. Trowbridge: Cromwell, 2007, p. 232.

³³² LP, p. 3.

³³³ *Realpolitik* (do alemão *real* "realístico", e *politik*, "política") designa a política ou diplomacia baseada especialmente em considerações práticas, em detrimento de noções ideológicas. Sobre o tema, veja-se: MILNER, Helen V.. *International relations*. In: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip; POGGE, Thomas (Ed.). **A companion to contemporary political philosophy**. 2. ed. Oxford: Blackwell, 2007, v. 1, cap. 8.

³³⁴ Cf. AUDARD, Catherine. **John Rawls**. Trowbridge: Cromwell, 2007, p. 233.

³³⁵ Cf. *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

³³⁶ LP, p. 6-7.

exemplo, guerrear entre si ou participar de uma corrida armamentista³³⁷.

No entanto, diferentemente das teorias políticas clássicas, Rawls preconiza que os povos, e não os Estados, sejam os atores nas relações internacionais. Para o filósofo, os povos possuem características institucionais, morais e culturais que os distinguem dos Estados, ao mesmo tempo em que determinam afinidades comuns e uma identidade coletiva³³⁸, e os Estados geralmente só levam em conta os *seus* interesses básicos³³⁹.

A esse respeito, Rawls afirma que:

A visão típica das relações internacionais é fundamentalmente a mesma dos tempos de Tucídides e não foi transcendida nos tempos modernos, quando a política mundial ainda é marcada pelas lutas dos Estados por poder, prestígio e riqueza em uma condição de anarquia global. Até que ponto os Estados diferem dos povos fundamenta-se em até que ponto a racionalidade, a preocupação com o poder e os interesses básicos dos Estado são preenchidos³⁴⁰.

Dentre as características históricas que condicionam o modelo rawlsiano, destaca-se o fato do *pluralismo razoável*³⁴¹. Isso porque, se no plano interno as sociedades são marcadas pela variedade de concepções abrangentes de bem, no plano internacional as discrepâncias são ainda mais acentuadas, visto que os diferentes povos elegem regimes políticos diversos incompatíveis uns com os outros³⁴².

Essa diversidade é inevitável e só pode ser suprimida mediante o uso da força. Não é, porém, um obstáculo intransponível à formação de uma Sociedade dos Povos, pois, assim como no âmbito doméstico os distintos planos de vida dos cidadãos podem conviver sob a égide de uma democracia liberal, no âmbito externo os povos podem relacionar-se sob regras comuns que respeitem a autodeterminação de todos³⁴³.

A partir do modo como a estrutura básica das sociedades se adéqua ao modelo

³³⁷ LP, p. 8.

³³⁸ São elas: um governo justo e razoável, que serve aos interesses dos cidadãos; cidadãos unidos em torno de “simpatias comuns”, um conceito tomado de J. S. Mill, que envolve antecedentes políticos, história nacional, orgulho e honra coletivo e outros elementos; e uma natureza moral, expressa por um comprometimento com uma concepção política de justiça. Cf. LP, p. 23-24.

³³⁹ Catherine Audard destaca como vantagem na utilização do termo *povos* o fato de Rawls poder explorar dois significados distintos: povos como sociedades políticas e povos como entidades históricas. Cf. AUDARD, *op. cit.*, p. 242.

³⁴⁰ LP, p. 36. No original, p. 28: “*The typical view of international relations is fundamentally the same as it was in Thucydides' day and has not been transcended in modern times, when world politics is still marked by the struggles of states for power, prestige, and wealth in a condition of global anarchy. How far states differ from peoples rests on how rationality, the concern with power, and a state's basic interests are filled in.*”

³⁴¹ Veja-se o tópico 3.1.1, do capítulo II.

³⁴² LP, p. 20. Nesse sentido, Rawls critica a *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948* por ter afirmado uma visão dominante de justiça indiscutivelmente liberal e democrática. Inspirado por sua sensibilidade ao *fato do pluralismo*, o filósofo estadunidense afirma que ela deveria levar outras visões de justiça em consideração. Cf. AUDARD, *op. cit.*, p. 232.

³⁴³ LP, p. 13.

descrito pela justiça como equidade, Rawls classifica os povos em cinco tipos diferentes, a saber: os povos “liberais razoáveis”, os povos “decentes”, os “Estados fora da lei”, as “sociedades sob o ônus de condições desfavoráveis” e, finalmente, as sociedades que são “absolutismos benevolentes”³⁴⁴.

Os povos liberais razoáveis são aqueles que aderem, em maior ou menor grau, ao paradigma da justiça como equidade, isto é, as sociedades que subscrevem aos princípios de um Estado democrático de direito. Os *povos decentes* são sociedades não liberais que possuem uma estrutura básica denominada por Rawls de “hierarquia de consulta decente”, que permite aos cidadãos desempenhar um papel substancial na tomada das decisões³⁴⁵.

Estados fora da lei se recusam a aceitar um Direito dos Povos razoável e recorrem à guerra e ao terrorismo para promover seus interesses. *Sociedades sob o ônus de condições desfavoráveis* são aquelas cujas circunstâncias históricas, sociais e econômicas dificultam o alcance de um regime bem-ordenado. *Absolutismos benevolentes*, por fim, honram os direitos humanos, mas negam aos seus membros um papel significativo nas decisões políticas³⁴⁶.

O projeto de Rawls é concebido, assim, como uma “utopia realista”³⁴⁷. O autor pretende ampliar os limites do que se geralmente pensa como sendo possível (aspecto utópico), sem imaginar que determinados traços permanentes da história humana serão alterados (aspecto realista)³⁴⁸. Persegue a ideia kantiana de “*foedus pacificum*”³⁴⁹, buscando conciliar normativamente o factível com o desejável³⁵⁰.

³⁴⁴ LP, p. 4. Essa classificação será importante quando se tratar da possibilidade de intervenção estatal e do dever de assistência, no tópico 3.3.3.

³⁴⁵ LP, p.4. Rawls se refere conjuntamente aos povos liberais e aos povos decentes como “povos bem-ordenados”. O autor admite, contudo, que pode haver outros povos decentes cuja estrutura básica não se ajusta a sua descrição de hierarquia de consulta, mas que são dignos de integrar uma Sociedade dos Povos.

³⁴⁶ LP, p. 4.

³⁴⁷ Nas palavras de Rawls (*op. cit.*, p. 15): “[...] a filosofia política é realisticamente utópica quando estende o que comumente pensamos ser os limites da possibilidade política praticável e, ao fazê-lo, nos reconcilia com a nossa condição política e social.” No original, p. 11: “[...] *political philosophy is realistically utopian when it extends what are ordinarily thought to be the limits of practicable political possibility and, in so doing, reconciles us to our political and social condition*”.

³⁴⁸ Cf. JESUS, Carlos Frederico Ramos de. **John Rawls**: a concepção de ser humano e a fundamentação dos direitos do homem. Curitiba: Juruá, 2011, p. 121. As condições que devem ser satisfeitas para a existência de tal *utopia realista* são examinadas por Rawls em: LP, p. 17-19.

³⁴⁹ LP, p. 10. Kant concebe uma *Liga da Paz*, que difere de um mero tratado de paz pelo fato de que este previne ou termina apenas uma guerra, enquanto a Liga pretende encerrar todos os conflitos para sempre. A Liga existiria com o único fim de manter e assegurar a liberdade dos Estados a ela afiliados. Cf. KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995.

³⁵⁰ Nesse horizonte: “[...] os limites do possível não são dados pelo existente pois podemos, em maior ou menor grau, mudar as instituições políticas e sociais e muito mais. Portanto, temos de nos valer da conjectura e da especulação, argumentando da melhor maneira possível no sentido de que o mundo social a que aspiramos é factível e pode existir, se não agora, em um futuro sob circunstâncias mais felizes.” (*In*: LP, p. 16.). No original, p. 12: “[...] *the limits of the possible are not given by the actual, for we can to a greater or lesser extent change political and social institutions and much else. Hence we have to rely on conjecture and speculation, arguing as best we can that the social world we envision is feasible and might actually exist, if not now then at some future time under happier circumstances*”.

4.1.2 Os princípios do Direito dos Povos

Como consequência do pluralismo razoável, Rawls entende, lastreado em Kant, que um Estado global é inviável. Dada a diversidade de regimes políticos, uma instituição “responsável” por todo o mundo ou seria fraca, caso não recorresse à violência e se curvasse a todas as concepções de justiça dos diferentes povos, ou seria opressiva, caso tentasse impor a todos os mesmos princípios de justiça, o que poderia ser feito apenas à força³⁵¹.

Rawls concebe a Sociedade dos Povos como detentora de um caráter liberal, por defender que as instituições liberais são as mais adequadas para a Sociedade dos Povos como um todo. Não quer, todavia, que tal concepção seja imposta aos outros povos, razão pela qual defende que os princípios exteriores, formulados a partir de um ponto de vista liberal, sejam razoáveis também de um ponto de vista não-liberal decente³⁵².

Para tanto, Rawls recorre novamente ao artifício da *posição original*, utilizado para a formulação dos princípios de justiça que devem orientar as sociedades na esfera doméstica³⁵³. Nesse momento, contudo, as partes serão *povos*, e não *pessoas*, já que estas, conforme o autor, escolheriam princípios de justiça para reger o mundo inteiro, resultando no governo global cuja viabilidade é por ele refutada³⁵⁴.

A alteração das partes deve-se, ainda, ao fato de que, para Rawls, não há uma cultura pública global prescrevendo que os cidadãos dos diferentes países devem relacionar-se uns com os outros, enquanto seres livres e iguais, em um esquema de cooperação social³⁵⁵. Da mesma forma, não há uma ideia suficientemente forte de que a distribuição dos recursos e riquezas globais *não* deve estar baseada em fatores arbitrários de um ponto de vista moral³⁵⁶.

Nessa medida, inexistente, segundo Rawls, um traço cultural global que seja equivalente à ideia, presente na cultura pública de uma democracia liberal, de que os cidadãos

³⁵¹ LP, p. 36. Rawls, contudo, não descarta a possibilidade de existirem associações e federações cooperativas entre os povos, encarregadas de regulamentar a cooperação entre eles e de cumprir certos direitos reconhecidos. Algumas dessas organizações, como a ONU idealmente concebida, podem ter a autoridade de expressar para a sociedade de povos bem-ordenados a sua condenação de instituições nacionais injustas em outros países e esclarecer, ou mesmo sancioná-las, em casos de violação aos direitos humanos.

³⁵² LP, p. 14.

³⁵³ Veja-se o tópico 2.3.1, do capítulo II.

³⁵⁴ LP, p. 36.

³⁵⁵ WENAR, Leif. The legitimacy of peoples. In: DE GREIFF, Pablo; CRONIN, Ciaran (Ed.). **Global justice and transnational politics: essays on the moral and politics challenges of globalization**. Cambridge: MIT, 2002, p. 62-63. Leif Wenar ressalta, ainda, que a *Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948*, v.g., quando proclama a liberdade e a igualdade de todos, o faz para determinar como os cidadãos devem ser tratados *pelos seus próprios governos nacionais*. Esses dispositivos não definem como os cidadãos de diferentes países devem ter-se em conta ou se relacionar entre si. As principais instituições políticas internacionais estão estruturadas com vistas não aos cidadãos individuais, mas, na linguagem de Rawls, aos *povos*.

³⁵⁶ *Id. Ibid., loc. cit.*

devem considerar-se igualmente livres, apesar de suas diferenças mais particulares. São os povos, e não os indivíduos, quem as instituições políticas internacionais consideram livres e iguais, razão pela qual o filósofo faz daqueles o objeto de sua teoria política internacional³⁵⁷.

O Direito dos Povos, portanto, não prescreve regras diretamente para os cidadãos, mas apenas para as sociedades a que estes pertencem. Ao contrário das visões cosmopolitas³⁵⁸, a teoria de Rawls não tem o bem-estar dos indivíduos como finalidade imediata, mas somente mediata, atingível a partir da justiça e da estabilidade de cada *sociedade* integrante da Sociedade dos Povos³⁵⁹.

Outras diferenças entre as *posições originais* podem ser verificadas:

1. O povo de uma democracia constitucional não tem, como povo *liberal*, nenhuma doutrina abrangente do bem, ao passo que cidadãos dentro de uma sociedade nacional liberal têm tais concepções, e para lidar com suas necessidades como cidadãos é usada a ideia de bens primários.
2. Os interesses fundamentais de um povo como povo são especificados pela sua concepção política de justiça e pelos princípios à luz dos quais concorda com o Direito dos Povos, ao passo que os interesses fundamentais dos cidadãos são dados pela sua concepção de bem e pela realização, em um grau adequado, dos seus dois poderes morais.
3. As partes, na segunda posição original, selecionam entre diferentes formulações ou interpretações dos oito princípios do Direito dos Povos, como ilustrado pelas razões mencionadas para as restrições dos dois poderes de soberania³⁶⁰.

Enquanto no caso de uma sociedade interna, os cidadãos elaboram os princípios

³⁵⁷ WENAR, *op. cit.*, p. 63. Com isso não se quer dizer, ressalte-se, que Rawls não considera que todos os seres humanos devem ser tratados como livres e iguais. Ocorre que, para o filósofo, como não se pode presumir que os “cidadãos globais” se veriam como indivíduos igualmente livres que deveriam relacionar-se equitativamente entre si, não é interessante que se desenvolvam instituições coercitivas que presumam essa ideia.

³⁵⁸ A interpretação cosmopolita da teoria da justiça como equidade, empreendida por Charles Beitz e Thomas Pogge, postula que o problema da justiça global é, *mutatis mutandis*, o mesmo problema da justiça doméstica, de sorte a concepção de Rawls poderia ser diretamente transformada em uma teoria da justiça internacional. Para eles, uma sociedade global justa seria um sistema equitativo de cooperação entre “cidadãos globais”, considerados livres e iguais, a partir de um “princípio de diferença global”. Cf. WENAR, *op. cit.*, p. 55-56. Uma análise geral das principais correntes cosmopolitas pode ser encontrada em: POGGE, Thomas. *Cosmopolitanism*. In: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip; POGGE, Thomas (Ed.). **A companion to contemporary political philosophy**. 2. ed. Oxford: Blackwell, 2007, v. 1, cap. 12.

³⁵⁹ “Ela [a visão cosmopolita] se preocupa com o bem-estar dos indivíduos, e portanto com determinar se o bem-estar da pessoa globalmente em pior situação pode ser melhorado. O que é importante para o Direito dos Povos é a justiça e a estabilidade, pelas razões certas, de sociedades liberais e decentes, vivendo como membros de uma sociedade de povos bem-ordenados.” (In: LP, p. 157.). No original, p. 120: “*It is concerned with the well-being of individuals, and hence with whether the well-being of the globally worst-off person can be improved. What is important to the Law of Peoples is the justice and stability for the right reasons of liberal and decent societies, living as members of a Society of well-ordered Peoples*”.

³⁶⁰ LP, p. 51. No original, p. 40: “(1) *A people of a constitutional democracy has, as a liberal people, no comprehensive doctrine of the good (§3.2 above), whereas individual citizens within a liberal domestic society do have such conceptions, and to deal with their needs as citizens, the idea of primary goods is used. (2) A peoples fundamental interests as a people are specified by its political conception of justice and the principles in the light of which they agree to the Law of Peoples, whereas citizens' fundamental interests are given by their conception of the good and their realizing to an adequate degree their two moral powers. (3) The parties in the second original position select among different formulations or interpretations of the eight principles of the Law of Peoples, as illustrated by the reasons mentioned for the restrictions of the two powers of sovereignty (§2.2).*”

de justiça que buscam assegurar os justos termos de cooperação social, na Sociedade dos Povos, as partes optam por diferentes formulações ou interpretações dos oito princípios do Direito dos Povos. De acordo com Rawls, eles podem ser deduzidos a partir da história e dos costumes do Direito Internacional³⁶¹.

São eles os seguintes:

1. Os povos são livres e independentes, e a sua liberdade e independência devem ser respeitadas por outros povos;
2. Os povos devem observar tratados e compromissos;
3. Os povos são iguais e são partes em acordos que os obrigam;
4. Os povos sujeitam-se ao dever de não-intervenção;
5. Os povos têm o direito de autodefesa, mas nenhum direito de instigar à guerra por outras razões que não a autodefesa;
6. Os povos devem honrar os direitos humanos;
7. Os povos devem observar certas restrições especificadas na conduta da guerra;
8. Os povos têm o dever de assistir outros povos vivendo sob condições desfavoráveis que os impeçam de ter um regime político e social justo ou decente³⁶².

Apesar de considerar a lista incompleta, Rawls acredita que ela constitui a “Carta Básica do Direito dos Povos”, isto é, compreende os princípios que os povos bem-ordenados aceitam mutuamente como os padrões de conduta de suas políticas externas³⁶³. Desse modo, a seleção dos princípios de justiça permite a construção de um ambiente definido pela igualdade de todas as sociedades, adequado a que estabeleçam entre si organizações cooperativas³⁶⁴.

A aplicação dos princípios deve, ainda, implicar a implementação de um processo paralelo ao senso de justiça desenvolvido no caso nacional³⁶⁵. É essencial a realização de tal processo para se atingir a paz democrática, pois, por meio dele, as sociedades liberais democráticas aceitam de boa vontade as normas do Direito dos Povos³⁶⁶ e as pessoas passam também a ver as vantagens de tais normas e a adotá-las como um ideal de conduta.

³⁶¹ LP, p. 57.

³⁶² LP, p. 47-48. No original, p. 37: “1. Peoples are free and independent, and their freedom and independence are to be respected by other peoples. 2. Peoples are to observe treaties and undertakings. 3. Peoples are equal and are parties to the agreements that bind them. 4. Peoples are to observe a duty of non-intervention. 5. Peoples have the right of self-defense but no right to instigate war for reasons other than self-defense. 6. Peoples are to honor human rights. 7. Peoples are to observe certain specified restrictions in the conduct of war. 8. Peoples have a duty to assist other peoples living under unfavorable conditions that prevent their having a just or decent political and social regime.”

³⁶³ Note-se que, embora mencione um “dever de assistência” entre os povos, Rawls não inclui nesse bloco o princípio de diferença global, proposto pela interpretação cosmopolita de sua teoria da justiça como equidade. Esse assunto será retomado no tópico 3.3.3

³⁶⁴ LP, p. 37. Rawls sustenta que a preocupação com a justiça das sociedades exaure a preocupação com a liberdade e o bem-estar das pessoas. A ideia rawlsiana, contudo, parece partir da premissa equivocada de que as causas da desigualdade internacional seriam puramente domésticas. A situação econômica de uma sociedade, sobretudo as de economias mais frágeis, é, na verdade, influenciada por fatores internos e externos a ela. Cf. POGGE, Thomas. Rawls on international justice. *The Philosophical Quarterly*, v. 51, n. 203, abr. 2001, p. 253.

³⁶⁵ LP, p. 44.

³⁶⁶ A questão referente ao modo como os princípios de justiça internacional serão aplicados às demais sociedades, sem que se despreze o pluralismo razoável, também será discutida no tópico 3.3.3.

4.1.3 As funções dos direitos humanos

Para compreendermos o quão peculiar é a posição de Rawls em relação aos direitos humanos (em particular no que se refere ao papel que eles desempenham no âmbito internacional), resolvemos apresentar inicialmente algumas das concepções oferecidas por outras importantes teorias da justiça. Examinaremos, a seguir, portanto, as características gerais das correntes libertarista, comunitarista e cosmopolitista.

O libertarismo, que tem em Robert Nozick o seu principal representante, considera como o propósito central de sua concepção de justiça oferecer uma alternativa à moralidade utilitarista. Para tanto, o filósofo norte-americano afirma a existência de certos direitos básicos invioláveis e rejeita a possibilidade de que os direitos de algum indivíduo sejam deturpados em favor do maior bem-estar de outros.

Com o fim de assegurar o respeito a esses direitos, Nozick concebe um modelo de Estado em que a possibilidade de intervenção nas liberdades individuais é restringida ao mínimo³⁶⁷. Para ele, o Estado deveria dedicar-se, exclusivamente, a proteger as pessoas contra o roubo, a fraude e o uso ilegítimo da força, e a amparar o cumprimento dos contratos celebrados entre esses indivíduos (*pacta sunt servanda*).

Nozick admite, ainda, a tese kantiana de que os indivíduos devem ser considerados como fins em si mesmos, e não como meios que podem ser utilizados para melhorar o destino dos demais. Os “direitos humanos” (ou “direitos naturais”), para o autor, seriam fundamentados em uma instituição básica, que é a da propriedade de cada um sobre si próprio, ou seja, cada um é o legítimo proprietário de seu corpo.

O caráter de “direitos humanos” parece derivar da importância que esses direitos têm para que cada pessoa possa moldar a sua própria vida à sua maneira, tendo as condições necessárias para poder levar adiante uma vida significativa. Esses direitos, segundo Jonathan Wolff, distinguem-se por três características fundamentais: são apenas direitos negativos, atuam como restrições laterais às ações dos outros e são exaustivos³⁶⁸.

Afirmar que os direitos são apenas negativos implica crer exclusivamente em direitos de não interferência, em um sentido amplo do termo, e, ao mesmo tempo, rejeitar a existência de direitos positivos, isto é, direitos de assistência em algumas necessidades básicas. Os únicos direitos positivos possíveis são aqueles que resultam das transações voluntárias entre as pessoas (v.g., quando se contrata determinado serviço assistencial).

³⁶⁷ NOZICK, Robert. **Anarchy, state, and utopia**. Oxford: Blackwell, 1999, p. 88-120.

³⁶⁸ WOLFF, Jonathan. **Robert Nozick: property, justice, and the minimal state**. Cambridge: Polity, 1991, cap. 2.

Dizer que direitos atuam como restrições laterais às ações de outros, por sua vez, significa defender o critério liberal-conservador segundo o qual a esfera dos direitos deve ser inviolável ante as pretensões dos demais³⁶⁹. Para Nozick, essa esfera deve ser protegida independentemente das consequências negativas para o chamado “bem comum” que essa proteção possa gerar³⁷⁰.

Por fim, a ideia de que os direitos são exaustivos refere-se ao fato de que eles vencem ante qualquer outra consideração moral. A ideia nesse caso é a de que a filosofia política somente se ocupa das obrigações exigíveis e que elas se esgotam com os direitos: não existe, por exemplo, a possibilidade de se dar prioridade moral a algum direito de propriedade que já tenha sido atribuído.

O comunitarismo, por sua vez, surgiu na década de 1980, em oposição ao liberalismo. Em larga medida, os comunitaristas retomam as críticas que Hegel fazia a Kant: enquanto este mencionava a existência de certas obrigações universais que deveriam prevalecer sobre aquelas mais contingentes, Hegel invertia essa formulação para dar prioridade aos laços comunitários³⁷¹.

Dentro do núcleo de autores mais peculiarmente associados ao comunitarismo, podem ser encontrados críticos do liberalismo que, porém, defendem critérios muito próximos dos da referida postura, como Charles Taylor³⁷²; outros que oscilam entre a defesa de posições socialistas e republicanas, como Michael Sandel³⁷³, e, ainda, outros que assumem posturas mais decididamente conservadoras, como Alasdair MacIntyre³⁷⁴.

De um modo geral, a visão comunitarista afirma que a identidade das pessoas, pelo menos em parte, está profundamente marcada pelo fato de elas pertencerem a certos grupos: elas estão inseridas em certas comunidades e práticas sem as quais deixariam de ser quem são. Esses vínculos são considerados extremamente valiosos, visto que são essenciais para a definição da identidade de alguém³⁷⁵.

Por essa razão, o comunitarismo postula um Estado essencialmente ativista, comprometido com certos planos de vida e com certa organização da vida pública. Esse compromisso estatal pode chegar a implicar, para alguns autores, a promoção de um ambiente

³⁶⁹ Cf. VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 60.

³⁷⁰ NOZICK, Robert. **Anarchy, state, and utopia**, p. 30-33.

³⁷¹ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 137.

³⁷² TAYLOR, Charles. **Multiculturalism and the politics of recognition**. Princeton: Princeton University Press, 1992.

³⁷³ SANDEL, Michael. **Liberalism and the limits of justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

³⁷⁴ MACINTYRE, Alasdair. **After virtue**. London: Duckworth, 1981.

³⁷⁵ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**, 2008, p. 140.

cultural rico (de forma que melhore a qualidade das opções dos indivíduos) e até mesmo a proteção de certas práticas ou tradições consideradas “definidoras” da comunidade.

Para os comunitaristas, o bem comum, mais que se adaptar ao parâmetro das preferências individuais, forneceria o padrão a partir do qual essas preferências deveriam ser avaliadas, de modo que os “direitos humanos” designam apenas num conjunto variável de preferências comunitárias a serem respeitadas. O Estado deve, assim, envidar esforços para garantir que esses interesses sejam observados.

Segundo Rainer Forst, o contexto de justiça para o comunitarismo deve ser o de “uma comunidade que, em seus valores, práticas e instituições amadurecidos historicamente, forma um horizonte normativo que é constitutivo para a identidade de seus membros e, com isso, constitutivo para as normas do justo”³⁷⁶. Somente no interior desse horizonte de valores será possível discutir o que é bom e o que deve valer para a comunidade.

Nessa toada, as teses comunitaristas conduzem a uma posição cética ou mesmo contrária a uma concepção universalista dos direitos humanos universais. Se a noção de direitos está intimamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural e social vigente em determinada sociedade, não existe a possibilidade de uma moral universal e cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos humanos.

Na esteira da tradição inaugurada por Diógenes, o Cínico (que, perguntado sobre de onde vinha, teria replicado: “Sou um cidadão do mundo”), o cosmopolitismo postula que todas as pessoas integram a mesma comunidade humana e, como resultado desta inserção, devem ser tratados com igualdade política sem apelar para alianças políticas particulares ou locais de nascimento³⁷⁷.

Charles Beitz observa que essa ideia se manifesta no pensamento internacional em ao menos dois sentidos: o cosmopolitismo institucional e moral. O primeiro refere-se ao modo como as instituições políticas do mundo devem ser construídas. Sustenta que a estrutura política do mundo deveria ser reformulada para submeter os estados e outras unidades políticas à autoridade de uma espécie de “governo mundial”³⁷⁸.

O segundo tipo de cosmopolitismo apontado por Beitz – ao qual dedicaremos maior atenção no trabalho – refere-se não às próprias instituições, mas às bases segundo as quais as instituições deveriam ser justificadas ou criticadas. Conforme Thomas Pogge, o

³⁷⁶ FORST, Rainer. **Contextos da justiça**: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 11.

³⁷⁷ CITTADINO, Gisele Guimarães; DUTRA, Deo Campos. **Cosmopolitismo jurídico: pretensões e posições na interseção entre filosofia política e direito**. In: Nomos, Fortaleza, v. 33.1, jan./jul. 2013. Disponível em: <http://mdf.secrel.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=34>. Acesso em: 10 jul. 2014.

³⁷⁸ BEITZ, Charles R. Liberalismo internacional e justiça distributiva. **Lua Nova**, São Paulo, n. 47, 1999, p. 47.

cosmopolitismo moral consiste na noção “de que cada ser humano tem uma estatura global como a unidade última de cuidado moral”³⁷⁹.

Ressalte-se que o cosmopolitismo não impõe visão particular alguma, mas enuncia uma condição a ser satisfeita pela justificação de qualquer visão aceitável. Desse modo, não surpreende, segundo Beitz, a pluralidade de visões cosmopolitas sobre a justiça distributiva internacional (v.g. teorias dos direitos humanos, utilitarismo globalizado e teorias pluralistas de escopo global)³⁸⁰.

Com relação aos direitos humanos, a maioria dos teóricos cosmopolitas sustenta que um conjunto mais ou menos amplo dos direitos humanos da Declaração de 1948 fornece um suporte razoável para padrões de justiça global. O subconjunto abrange pelo menos direitos básicos à segurança e à subsistência. As divergências referem-se ao caráter dos requisitos que devem ser observados para a sua escolha.

Pogge diferencia entre concepções “interacionais” e “institucionais”. De acordo com as concepções interacionais, os direitos humanos obrigam indivíduos e grupos, ao passo que, consoante as concepções institucionais, os direitos humanos obrigam diretamente apenas as instituições e as práticas institucionalmente compartilhadas³⁸¹.

Assim, por exemplo, a partir de uma perspectiva interacional, um direito humano à subsistência poderia justificar uma exigência para qualquer um em condição de satisfazer o direito. Em contraste, a partir de uma perspectiva institucional, um direito desse tipo somente justificaria exigências dirigidas àquelas instituições e práticas compartilhadas das quais o interessado é parte³⁸².

Diversamente do que se poderia supor, o conjunto de direitos humanos previstos por Rawls não abrange todos os oriundos dos princípios de justiça em uma sociedade liberal³⁸³. Figuram entre eles: a vida; a liberdade (frente à escravidão, servidão e alguma

³⁷⁹ POGGE, Thomas. Cosmopolitanism and sovereignty. *Ethics*, n. 103, 1992, p. 49.

³⁸⁰ *Id. Ibid. Loc cit.*

³⁸¹ Cf. BEITZ, Charles R. Liberalismo internacional e justiça distributiva, p. 49-50.

³⁸² Cf. BEITZ, Charles R. Liberalismo internacional e justiça distributiva, p. 50.

³⁸³ “[...] alguns pensam nos direitos humanos como mais ou menos os mesmos direitos que os cidadãos possuem em um regime democrático constitucional razoável; essa visão simplesmente expande a classe dos direitos humanos para que inclua todos os direitos que os governos liberais garantem. Os direitos humanos no Direito dos Povos, por contraste, expressam uma classe especial de direitos urgentes, tais como a liberdade que impede a escravidão ou servidão, a liberdade (mas não igual liberdade) de consciência e a segurança de grupos étnicos contra o assassinato em massa e o genocídio. A violação dessa classe de direitos é igualmente condenada por povos liberais razoáveis e por povos hierárquicos decentes.” (*In*: LP, p. 102-103). No original, p. 78-79: “[...] *some think of human rights as roughly the same rights citizens have in a reasonable constitutional democracy, this view simply expands the class of human rights to include all the rights that liberal governments guarantee. Human rights, in the Law of Peoples, by contrast, express a special class of urgent rights such as freedom from slavery and serfdom, liberty (but not equal liberty) of conscience, and security of ethnic groups from mass murder and genocide. The violation of this class of rights is equally condemned by both liberal peoples and decent hierarchical peoples*”.

liberdade de consciência quanto à religião e ao pensamento); a propriedade pessoal; e a igualdade formal, ou seja, a garantia de que casos iguais serão tratados igualmente³⁸⁴.

Normalmente, a função atribuída aos direitos humanos é a de servir de fundamento moral para que a efetivação deles seja reivindicada onde eles não sejam respeitados, de sorte que pedir direitos humanos seria pedir aquilo que é justo para *qualquer* ser humano³⁸⁵. Por que, então, a lista rawlsiana de direitos do homem não contempla todos os direitos que o próprio autor considera devidos a todos os seres humanos?³⁸⁶

Rawls enumera os três papéis centrais desempenhados por aqueles direitos:

1. Seu cumprimento é condição necessária da decência das instituições políticas de uma sociedade e da sua ordem jurídica.
2. Seu cumprimento é suficiente para excluir a intervenção justificada e coercitiva de outros povos, por exemplo, por meio de sanções diplomáticas e econômicas, ou em casos graves, de força militar.
3. Eles estabelecem um limite para o pluralismo entre os povos³⁸⁷.

Nota-se pelo segundo papel citado³⁸⁸ que a exiguidade da lista decorre do fato de que o respeito aos direitos humanos e a não agressividade são os dois critérios que separam os povos *decentes* das *sociedades fora da lei*. Assim, se aqueles são parceiros dos povos liberais na sociedade internacional, estas, por outro lado, encontram-se sujeitas à intervenção internacional para se adequarem ao Direito dos Povos³⁸⁹.

Se a lista de direitos humanos de Rawls fosse tão ampla quanto a de direitos da sociedade liberal, por coerência, o autor teria de admitir que qualquer povo que os violasse estaria sujeito à intervenção internacional, ou seja, quase todas as sociedades poderiam sofrer

³⁸⁴ LP, p. 65.

³⁸⁵ JESUS, Carlos Frederico Ramos de. **John Rawls**: a concepção de ser humano e a fundamentação dos direitos do homem. Curitiba: Juruá, 2011, p. 124.

³⁸⁶ Diversos críticos apontam que o elenco de direitos humanos previstos por Rawls é muito restrito para ser aceitável. Allen Buchanan, por exemplo, aponta que as omissões desse rol permitiriam uma sociedade na qual discriminações étnicas e de gênero pudessem existir. Cf. WILKINS, Burleigh. Rawls on human rights: a review essay. **The Journal of Ethics**, n. 12, mar. 2007, p. 109.

³⁸⁷ LP, p. 105. No original, p. 80: “1. *Their fulfillment is a necessary condition of the decency of a society's political institutions and of its legal order [...] 2. Their fulfillment is sufficient to exclude justified and forceful intervention by other peoples, for example, by diplomatic and economic sanctions, or in grave cases by military force. 3. They set a limit to the pluralism among peoples.*”

³⁸⁸ Os demais papéis serão analisados posteriormente.

³⁸⁹ Nas palavras de Rawls, “alguns Estados não são bem ordenados e violam os direitos humanos mas não são agressivos e não acalentam planos de atacar os vizinhos. Não sofrem de condições desfavoráveis mas simplesmente têm uma política de Estado que viola os direitos humanos de certas minorias entre eles. São, portanto, Estados fora da lei porque violam o que é reconhecido como direitos pela sociedade dos povos razoavelmente justos e decentes e podem estar sujeitos a algum tipo de intervenção em casos graves.” (In: LP, p. 118-119.). No original, p. 90: “*Some states are not well-ordered and violate human rights, but are not aggressive and do not harbor plans to attack their neighbors. They do not suffer from unfavorable conditions, but simply have a state policy that violates the human rights of certain minorities among them. They are therefore outlaw states because they violate what are recognized as rights by the Society of reasonably just and decent Peoples, and they may be subject to some kind of intervention in severe cases.*”

intervenção³⁹⁰. Assim, além do problema relativo a *quem* faria a intervenção, seria improvável que, na segunda posição original, algum povo assentisse com tal possibilidade³⁹¹.

Podemos concluir, portanto, que os direitos humanos para Rawls têm uma função precipuamente *estratégica*, e não *reivindicatória*. Em outras palavras, o autor não pretende demonstrar tudo aquilo a que uma pessoa faz jus pelo simples fato de pertencer à espécie humana, mas, sim, “firmar um parâmetro mínimo de respeito pelo ser humano que possibilite o *acordo* entre povos democráticos e decentes em uma sociedade internacional”³⁹².

Dessa forma, em contraste com a visão tradicional, o conteúdo dos direitos afigura-se “disponível”, isto é, não abrange tudo o que é justo, mas somente aquilo que não inviabiliza o acordo entre os povos em uma sociedade internacional. Para uma teoria preocupada especialmente com a política externa, como é a de Rawls, é mais prudente reduzir tais direitos a um mínimo com que todos possam concordar³⁹³.

³⁹⁰ Os dados estarrecedores que foram citados na introdução desta dissertação parecem não deixar dúvidas quanto a essa possibilidade.

³⁹¹ Cf. JESUS, Carlos Frederico Ramos de. **John Rawls: a concepção de ser humano e a fundamentação dos direitos do homem**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 125.

³⁹² JESUS, *op. cit.*, p. 127.

³⁹³ *Id. Ibidem*, p. 128. Nesse sentido, Burleigh Wilkens afirma que o conteúdo de uma lista de direitos humanos pode variar de acordo com o propósito desta. Para o autor, isso não configuraria uma posição relativista, mas apenas a percepção de que poderia haver ao menos três listas de direitos: uma lista de direitos humanos concedidos por Deus ou pela natureza, como é o caso em diversas doutrinas abrangentes; uma lista de direitos humanos como direitos de cidadãos em uma democracia constitucional; e uma lista de direitos humanos numa Sociedade dos Povos. Seria interessante, segundo ele, que o conteúdo das três listas fosse idêntico, porém, como tal não ocorre, é preciso que se decida se a Sociedade dos Povos incluirá somente povos liberais. Em caso negativo, deve-se aceitar uma lista de direitos humanos que seria aceitável tanto pelas sociedades liberais como pelas sociedades decentes, a qual seria evidentemente mais restrita do que a lista completa de direitos humanos dos cidadãos numa democracia constitucional. Cf. WILKINS, Burleigh. Rawls on human rights: a review essay. **The Journal of Ethics**, n. 12, mar. 2007, p. 112-113.

4.2 Contribuições da concepção rawlsiana de direitos humanos

Nesta segunda parte, examinaremos quais contribuições ao debate sobre a efetivação dos direitos humanos podem ser inferidas da concepção rawlsiana de direitos humanos. Com base nelas, proporemos algumas linhas argumentativas a serem adotadas na discussão dos problemas relativos à semântica dos direitos humanos, ao fato do pluralismo cultural e à viabilidade de uma jurisdição internacional daqueles direitos.

4.2.1 Rawls e o problema semântico

O problema semântico dos direitos humanos envolve, como já se viu, a busca pelas características que os definem como tais, justificando a obrigatoriedade de suas normas e apontando porque estas, e não outras, devem ser obedecidas³⁹⁴. Nesse sentido, é comum que se afirme que a norma jurídica tem fundamento em outra norma jurídica, de hierarquia superior, e assim sucessivamente, mas poucos discutem qual seria o seu fundamento *último*.

Se uma fundamentação racional de normas éticas não for apresentada, então não há nenhuma obrigação de aceitar ou de cumprir acordos livres, porquanto cada um seria obrigado a respeitar acordos apenas enquanto esperasse obter vantagens (ou prejuízos) deles. Não haveria propriamente, então, uma obrigatoriedade normativa, visto que esta se reduziria à efetividade de estratégias em função dos objetivos dos interessados³⁹⁵.

Rawls não trata especificamente da problemática relativa à fundamentação³⁹⁶ dos direitos humanos (na verdade, dedica-lhes apenas alguns breves comentários em *The law of peoples*)³⁹⁷. No entanto, acredita-se que, mesmo que implicitamente, a concepção de ser humano defendida pelo filósofo, e subjacente a toda a sua teoria, pode oferecer algumas contribuições no que tange à justificação desses direitos.

Para tal, é preciso ressaltar que os direitos humanos só podem ser atribuídos pelos próprios homens, de sorte que, para que tais direitos possam existir, os homens precisam ser capazes dessa atribuição³⁹⁸. Dizer que os direitos humanos são concedidos por uma divindade, pela natureza ou pela “ordem das coisas” não é uma boa resposta porque não fornece uma

³⁹⁴ É, ainda, um pressuposto para que os desafios que lhes dificultam a efetivação sejam superados (cf. o tópico 2.2.1, do capítulo I), razão pela qual se optou por verificar inicialmente as contribuições de Rawls nessa seara.

³⁹⁵ Cf. COSTA, Reginaldo da. **Ética e filosofia do direito**. Fortaleza: ABC, p. 123-124.

³⁹⁶ Para os fins deste trabalho, considerar-se-á como sinônimos os termos *justificação* e *fundamentação*, a despeito da distinção efetuada por Rawls, da qual se tratou no tópico 3.1.1, do capítulo II.

³⁹⁷ Cf. LP, § 10.

³⁹⁸ Cf. TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. 4. ed. Tradução de Róbson R. dos Reis *et. al.* Petrópolis: Vozes, 2000, p. 370-373.

razão a que se obedeça ao comando destes entes³⁹⁹.

Os povos, as religiões, os costumes e as convicções morais em geral são muito diferentes entre si. Certamente pode haver semelhanças entre todos eles, mas, como lembra Carlos de Jesus, “nada garante que deva haver”⁴⁰⁰. Por conseguinte, com um pano de fundo tão diverso, a defesa de direitos humanos universais deve se sustentar em algo que necessariamente seja semelhante em todos os lugares.

Nesse horizonte, o ser humano pode ser visto como uma espécie de “denominador comum” de todas as culturas, visto que ele é, de fato, o único elemento presente em todas elas⁴⁰¹. Dessa forma, caso seja possível extrair implicações éticas a partir de fatos comuns sobre ele, é provável que se possa também estabelecer um parâmetro moral comum para julgar todas as tradições, nos mais diversos contextos em que elas estejam inseridas⁴⁰².

Assim, se os direitos humanos só podem ter origem no próprio homem, eles pressupõem um ser humano capaz não apenas de moral, mas de uma moralidade *determinada*, porque não é qualquer moral que ensaja direitos humanos: apenas uma moral que sustente o igual respeito entre os homens consegue dar conta desse papel⁴⁰³. E esse igual respeito é defendido por Rawls como um dos pressupostos de sua teoria⁴⁰⁴.

Defender que o homem é merecedor de respeito, contudo, envolve a discussão ontológica acerca do que o homem é. Sem saber o que o homem é, torna-se difícil explicar por que motivo ele merece tratamento melhor do que os outros seres vivos e do que as coisas. Sem a ontologia, a prioridade dada ao ser humano em uma situação em que se tivesse, por exemplo, que optar entre salvar uma pessoa ou um cachorro parece arbitrária.

Em uma teoria normativa, como é a de Rawls, o objeto teórico é a justiça de uma sociedade, o que implica definir como os bens serão distribuídos para cada um de seus membros, e por que alguns deles merecem mais ou menos bens⁴⁰⁵. A preocupação de Rawls é, portanto, moral: ele se pergunta sobre o que é justo e bom que cada um receba e, por isso, tem de se valer de uma concepção de ser humano determinada⁴⁰⁶.

Nessa medida, com base na ideia kantiana de que os seres humanos se distinguem

³⁹⁹ *Id. Ibid., loc. cit.*

⁴⁰⁰ JESUS, Carlos Frederico Ramos de. **John Rawls**: a concepção de ser humano e a fundamentação dos direitos do homem. Curitiba: Juruá, 2011, p. 173.

⁴⁰¹ *Id. Ibid., loc. cit.*

⁴⁰² A tarefa pode soar implausível, porém, é menos improvável do que encontrar coincidências entre *todas* as culturas que formem uma base comum sobre a qual os direitos humanos possam ser fundamentados. Definir o que um ser humano deve fazer para agir moralmente, por exemplo, parece ser tarefa mais fácil do que enumerar o que qualquer povo julga devido a qualquer pessoa.

⁴⁰³ JESUS, *op. cit.*, p. 175.

⁴⁰⁴ Veja-se, para tanto, o tópico 2.2.2., do capítulo II.

⁴⁰⁵ Confira-se, a esse respeito, o tópico 2.2.1., do capítulo II.

⁴⁰⁶ JESUS, *op. cit.*, p. 177.

dos demais por serem capazes de se dar as próprias regras e agir segundo elas⁴⁰⁷, Rawls defende que o homem é um cidadão que quer seguir sua concepção de bem e seu senso de justiça⁴⁰⁸. O homem rawlsiano, portanto, vê os outros como igualmente livres, ao menos quanto a liberdades, oportunidades e necessidades básicas.

Por essa razão, todos os homens devem ter oportunidades iguais para garantir o bem primário do acesso aos cargos de poder e responsabilidade, nas principais instituições políticas e econômicas⁴⁰⁹. Devem, também, ter igual influência nas decisões que se refiram à estrutura básica da sociedade, não se admitindo nenhum tipo de privilégio para definir o rumo dos assuntos públicos⁴¹⁰.

Para assegurar a igual liberdade política, Rawls propõe, por exemplo, que todos os cidadãos devam ter os meios de informar-se sobre questões políticas e de avaliar como certas propostas afetam seu bem-estar e quais políticas promovem sua concepção de bem público⁴¹¹. Ademais, eles deveriam ter uma oportunidade equitativa de acrescentar à pauta propostas alternativas para a discussão política que se desenvolve⁴¹².

Para Rawls portanto, a igualdade e a liberdade se complementam, em vez de se excluírem⁴¹³. As disparidades entre as situações sociais e econômicas das pessoas devem ser consequência da adoção de um amplo sistema de liberdades que, em última análise, a todos favoreça, desde que não impeça que os indivíduos que vivam em circunstâncias

⁴⁰⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 79-82.

⁴⁰⁸ Essas são, em suma, as faculdades morais de que se cuidou no tópico 2.2.2, do capítulo II.

⁴⁰⁹ “O princípio da participação política sustenta que todos os cidadãos devem ter um direito igual de acesso, pelo menos num sentido formal, aos cargos públicos. Cada cidadão é apto para participar de partidos políticos, candidatar-se a cargos eletivos e ocupar postos de autoridade. Certamente, pode haver qualificações de idade, residência e assim por diante. Mas elas devem estar razoavelmente relacionadas às tarefas do cargo; é de se presumir que essas restrições sejam do interesse comum e não discriminem de forma injusta pessoas ou grupos, o que significa que devem afetar a todos igualmente, no curso normal da vida.” (In: TJ, p. 244). No original, p. 196: “*The principle of participation also holds that all citizens are to have an equal access, at least in the formal sense, to public office. Each is eligible to join political parties, to run for elective positions, and to hold places of authority. To be sure, there may be qualifications of age, residency, and so on. But these are to be reasonably related to the tasks of office; presumably these restrictions are in the common interest and do not discriminate unfairly among persons or groups in the sense that they fall evenly on everyone in the normal course of life*”.

⁴¹⁰ TJ, p. 197.

⁴¹¹ TJ, p. 198.

⁴¹² TJ, p. 198. Rawls defende, ainda, o financiamento público dos partidos políticos, com o intuito de que estes sejam autônomos no que diz respeito aos interesses privados. Para ele, “se a sociedade não arcar com os custos de sua organização e se for necessário levantar fundos para os partidos entre os setores socioeconômicos mais favorecidos, as reivindicações desses grupos fatalmente receberão atenção excessiva. E a probabilidade de isso acontecer é ainda maior quando os membros menos favorecidos da sociedade, após serem efetivamente impedidos de exercer seu grau equitativo de influência devido à carência de bens, se fecham na apatia e no ressentimento.” (In: TJ, p. 246-247.). No original, p. 198: “*If society does not bear the costs of organization, and party funds need to be solicited from the more advantaged social and economic interests, the pleadings of these groups are bound to receive excessive attention. And this is all the more likely when the less favored members of society, having been effectively prevented by their lack of means from exercising their fair degree of influence, withdraw into apathy and resentment*”.

⁴¹³ Cf. NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade**. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 187.

desabonadoras tenham a oportunidade de melhorar a sua situação.

Nesse horizonte, os “direitos humanos” se referem ao conjunto mínimo de condições necessárias à formação de acordos internacionais que permitem aos cidadãos, em *âmbito doméstico*, estabelecer os termos que *eles* julgam os mais equitativos para a repartição dos direitos e deveres advindos da cooperação social⁴¹⁴. A preocupação de Rawls é assegurar uma estrutura básica justa, de modo que aqueles direitos têm caráter apenas *instrumental*⁴¹⁵.

Sendo assim, é para que os “direitos fundamentais” possam ser definidos que Rawls adota o método construtivista. Logo, eles não resultam de um processo que busca verdades “absolutas” em sede moral, mas sim, de um acordo baseado na razão pública, em que a todos os interessados deve ser garantido máximo de igualdade possível no que se refere à participação e à influência, tal qual em uma democracia deliberativa⁴¹⁶.

Rawls parece acenar, portanto, que a definição de quais seriam os direitos humanos e fundamentais reside no *consenso democrático* acerca da validade de certas premissas⁴¹⁷. Dessa forma, a obrigatoriedade que caracteriza esses direitos decorre do fato de os cidadãos de uma dada sociedade terem formulado seu conteúdo (respeitados os princípios de justiça) e aceitado sujeitar-se a eles.

Como se percebe, Rawls não oferece subsídios para um fundamento último dos direitos humanos e fundamentais. A sua contribuição é relevante, porém, na medida em que propõe requisitos, independentes de culturas particulares, para que se evite o emprego de fundamentações e decisões arbitrárias no que se refere à aplicação desses direitos, ampliando, consequentemente, o grau de efetividade de suas normas.

⁴¹⁴ Esse é o primeiro dos papéis dos direitos humanos mencionados por Rawls, cf. LP, p. 105: “1. Seu cumprimento é condição necessária da decência das instituições políticas de uma sociedade e da sua ordem jurídica”. No original, p. 80: “1. *Their fulfillment is a necessary condition of the decency of a society's political institutions and of its legal order*”.

⁴¹⁵ Nesse contexto específico, compreende-se os *direitos humanos* como aqueles direitos que impõem obrigações aos povos no plano internacional. Para denominar os direitos básicos consagrados no ordenamento jurídico interno de cada sociedade, utilizar-se-á a expressão *direitos fundamentais*. Para fazer referência a ambas as espécies de direitos, empregar-se-á a locução *direitos humanos e fundamentais*.

⁴¹⁶ “Na medida em que a razão política é compartilhada por todos, publicamente, pode-se falar de uma democracia deliberativa, que se mostra como a melhor forma de governo do povo, pelo povo e para o povo.” (In: OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 33-34.).

⁴¹⁷ José Nedel observa que o elemento do *consenso* aproxima a Rawls dos fautores da *Ética do Discurso*, notadamente, Jürgen Habermas e Karl-Otto Apel. O consenso em Rawls é, porém, construído apenas no grupo dos representantes dos cidadãos (na posição original) ou dos delegados (na convenção constitucional), ao passo que, para a *Ética do Discurso*, constrói-se na comunidade linguística real, de participantes de “carne e osso”. Cf. NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 179. Não obstante a leitura de Nedel, a aproximação entre a teoria da justiça como equidade e a *Ética do Discurso* parece ser *maior*, uma vez que Rawls não limita a necessidade consenso àquelas etapas. Pelo contrário, o autor afirma que o consenso democrático é sempre necessário na tomada das decisões políticas. Na verdade, o que ele não faz, diferentemente de Habermas e Apel, é apresentar critérios específicos que demonstrem como o consenso pode ser alcançado.

4.2.2 Rawls e o problema cultural

Uma das objeções mais frequentes à ideia da universalidade dos direitos humanos repousa na tese de que o homem que aqueles direitos pressupõem seria uma abstração, a qual não se sustentaria em face da diversidade verificável no mundo. Isso porque o homem é moldado pela sua cultura e esta pode levá-lo a aceitar a *heteronomia* e até a gostar dela e de desigualdades injustificadas⁴¹⁸.

Ocorre que o relativismo pressupõe, ao menos, um dado universal, isto é, o de que o homem é *capaz de cultura*⁴¹⁹. É evidente que cada um ou cada grupo desenvolve essa capacidade de forma distinta, resultando nas diversas manifestações culturais, mas a capacidade para cultura não é uma razão para defender que o grupo imponha a *sua* cultura a todos os indivíduos, proibindo mudanças⁴²⁰.

Pelo contrário, a capacidade para cultura requer, para que seja adequadamente desenvolvida, a liberdade de o indivíduo expressar-se. Se uma coletividade impõe suas visões de mundo aos dissidentes, trata-os como *incapazes* de cultura, o que, certamente, eles não são⁴²¹. Reside aqui, acredita-se, a contribuição que a teoria da justiça como equidade pode oferecer ao debate entre o *universalismo* e o *relativismo cultural*⁴²².

A concepção de ser humano de Rawls enxerga toda pessoa como capaz de uma concepção de bem e igualmente livre para segui-la, razão por que a diversidade cultural, em vez de restringir o direito a diferença, justifica-o⁴²³. Ademais, a teoria rawlsiana se considera *objetivista* (e não *subjetivista*)⁴²⁴ e admite o fato do pluralismo, interno e externo, como traço inevitável que só poderia ser suprimido mediante opressão⁴²⁵.

⁴¹⁸ Cf. JESUS, Carlos Frederico Ramos de. **John Rawls: a concepção de ser humano e a fundamentação dos direitos do homem**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 179.

⁴¹⁹ “Cultura se refere, ainda que de modo impreciso, a algo central à vida e ao pensamento humanos [...] A maioria das pessoas acredita participar de um modo de vida, e isso é uma parte importante de sua identidade.” (In: MAYBURY-LEWIS, David. A antropologia numa era de confusão. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Bauru, v. 17. n. 50, 2002, p. 18.).

⁴²⁰ Cf. JESUS, Carlos Frederico Ramos de. **John Rawls: a concepção de ser humano e a fundamentação dos direitos do homem**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 179-180.

⁴²¹ Cf. *Id. Ibid*, p. 180.

⁴²² As principais ideias de ambas as doutrinas foram apresentadas no tópico 1.3.2, do capítulo I.

⁴²³ Confira-se, a propósito, o tópico 2.2.2, do capítulo II.

⁴²⁴ Para Rawls, uma doutrina *objetivista* deve, em síntese: a) firmar princípios públicos de julgamento, que devem ser aplicados para se chegar a conclusões; b) os julgamentos devem visar à razoabilidade ou à verdade; c) deve especificar uma ordem em que as razões possam ser alegadas e sopesadas; d) distinguir o ponto de vista objetivo do subjetivo (que também pode ser de um grupo); e) firmar que os julgamentos devem ocorrer com agentes razoáveis; e f) se houver discordância, ela deve ser explicável pelos “limites do juízo” (história de vida das pessoas, circunstâncias da deliberação etc.). Cf. JESUS, *op. cit.*, p. 60; PL, p. 110-112 e 121. Rawls não desconsidera, todavia, a possibilidade de que pessoas razoáveis discordem entre si, em virtude dos limites do juízo. Por outro lado, afirma que ela não implica ceticismo, porque não acarreta a impossibilidade de definir qual das posições razoáveis é a melhor. Cf. PL, p. 63.

⁴²⁵ LP, p. 13.

Dessa maneira, o construtivismo de Rawls, redirecionado para a elaboração de uma sociedade internacional, promove a adaptação do procedimento a limites que permitem que representantes dos povos possam chegar a um consenso intercultural sobre a justiça. Os direitos humanos, construtivamente justificados, podem, então, ser adotados como padrão necessário das sociedades e como justificativa de ações interventivas⁴²⁶.

O reconhecimento e a efetivação dos direitos humanos impõem-se como um padrão mínimo necessário para o enquadramento das instituições e das sociedades como *decentes*⁴²⁷. Eles conformam a ideia rawlsiana de *razão prática* e estipulam limites para a exigência da tolerância e para a manifestação do pluralismo cultural, pretendendo-se universais porque intrínsecos a um Direito dos Povos justo⁴²⁸.

Com a renúncia de uma cobrança *essencial e cultural* da noção de direitos humanos⁴²⁹, amplia-se o espaço para que esses direitos possam ser entendidos como o cerne do *consenso sobreposto* postulado por Rawls. Dessa forma, seu pensamento concernente à justiça como centro desse consenso em uma sociedade pluralista pode ser transferido para o entendimento intercultural sobre direitos, tanto em âmbito doméstico como internacional.

Rawls destaca que seu paradigma de justiça política deve ser muito mais que um simples consenso entre todas as diferentes orientações de valores existentes na sociedade⁴³⁰. Isso porque os princípios liberais de justiça política exprimem uma *reivindicação normativa independente*, que pode entrar em choque com ideologias autoritárias ou orientações valorativas conservadoras da sociedade, reclamando para si o direito de prioridade⁴³¹.

Embora as sociedades democráticas sejam marcadas pelo pluralismo razoável⁴³², Rawls defende a possibilidade de se construir uma concepção de justiça compartilhada que supere as divergências entre a multiplicidade de doutrinas abrangentes e identifique as bases de um acordo amplo (para abranger princípios essenciais) e profundo (para incluir concepções

⁴²⁶ O problema das ações interventivas será abordado no tópico seguinte.

⁴²⁷ LP, p. 105.

⁴²⁸ LP, p. 105.

⁴²⁹ Como se verificou no capítulo I, os direitos humanos não são parte integrante óbvia de determinada tradição cultural ou religiosa, mas sim objeto de uma perene disputa política, durante a qual tradições culturais podem modificar-se e outras interpretações das fontes religiosas podem ser realizadas. Nessa toada, “[r]eclamar direitos de herança sobre a ideia dos direitos humanos não é apenas questionável dentro da perspectiva histórica, como também dificultaria sua disseminação no mundo.” (In: BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 181.).

⁴³⁰ PL, p. 145.

⁴³¹ BIELEFELDT, *op. cit.*, p. 178.

⁴³² Rawls salienta que a diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais existentes em sociedades democráticas modernas não é uma mera condição histórica passageira; é um aspecto permanente da cultura pública de uma democracia. A adesão coletiva e continuada a apenas uma doutrina abrangente só se mantém, assim, pelo uso opressivo do poder do Estado (v.g. a Inquisição na sociedade medieval). Cf. JF, p. 34.

da pessoa e da sociedade). Recorre, para tanto, ao artifício do *consenso sobreposto*⁴³³.

Consenso sobreposto é o acordo que determina a concepção política de justiça em uma sociedade pluralista, na qual pessoas razoáveis professam diversas doutrinas abrangentes razoáveis, mas concordam em ter os assuntos públicos (referentes a estrutura básica da sociedade) regidos por normas compatíveis com todas essas visões⁴³⁴. Por essa razão, a referida concepção pública deve parecer razoável, ou mesmo verdadeira aos olhos de todos⁴³⁵.

Para sustentar essa ideia, Rawls apresenta e, logo em seguida, refuta quatro possíveis objeções a ela. Segundo o filósofo, poder-se-ia afirmar que o consenso: a) implica uma visão cética quanto à possibilidade de uma concepção de justiça ser correta; b) consiste em uma visão *abrangente*; c) identifica-se com uma situação de *modus vivendi*; e d) constitui uma ideia utópica⁴³⁶.

Primeiramente, o consenso não é cético quanto à possibilidade de uma concepção de justiça ser correta. Para Rawls, essa possível crítica é refutada em virtude das mesmas razões que vem dar origem a esse consenso: uma atitude cética ou indiferente como a sugerida implicaria fechar as portas a inúmeras concepções abrangentes, impedindo, assim, desde o início, a possibilidade de atingir um consenso sobreposto⁴³⁷.

Em segundo lugar, o consenso não se apresenta como uma doutrina “abrangente”. Na verdade, ele não pretende resolver sequer a maioria das questões que podem ser formuladas sobre a justiça política, mas apenas algumas, e, dentre elas, as mais urgentes,

⁴³³ JF, p. 32.

⁴³⁴ Doutrinas abrangentes *razoáveis*, como lembra Catherine Audard, são aquelas que aceitam as duas ideias básicas sobre as pessoas e as sociedades e que são promovidas por cidadãos razoáveis, caracterizados por sua disposição em ouvir doutrinas, argumentos e razões opostas as deles, ainda quando não concordem com elas”. Cidadãos razoáveis, por sua vez, são aqueles que “devem ter aceitado os argumentos da posição original e devem ter sido educados com base neles neste estágio” [tradução livre]. No original, p. 198: “[...] *doctrines that accept the two basic ideas of the person and the society and that are promoted by reasonable citizens, characterized by their willingness to listen to doctrines, arguments and reasons opposed to their own, even if they do not agree with them. Reasonable citizens are supposed to have accepted OP [original position] arguments, and to have been educated by them at this stage.*” (In: AUDARD, Catherine. **John Rawls**. Trowbridge: Cromwell, 2007, p. 198.).

⁴³⁵ Cf. GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 231. Para Rawls, uma concepção política de justiça não deve conflitar com as doutrinas abrangentes, mas, ao contrário, deve ser tal que a possam subscrever aqueles que professam doutrinas abrangentes muito diversas e opostas, embora razoáveis. Cf. PL, p. 38.

⁴³⁶ PL, p. 145-168.

⁴³⁷ Cf. GARGARELLA, *op. cit.*, p. 232. Rawls afirma que esse consenso seria composto pela parte comum a todas as doutrinas abrangentes. É ilustrativo o exemplo citado por Carlos de Jesus: “cristãos creem que a vida humana deve ser protegida pelo seu valor intrínseco, já que o Homem foi feito à imagem e semelhança de Deus; holistas creem que a vida humana, como qualquer outra vida, deve ser protegida porque é parte de um todo e, se for retirada, o equilíbrio desse todo se quebra. Ambos concordam que a vida deve ser protegida e isto é suficiente para a existência de uma norma que sancione o homicídio. Opera-se um consenso sobreposto sobre a proteção da vida humana, embora as doutrinas morais abrangentes discordem quanto ao fundamento dessa proteção.” (In: JESUS, Carlos Frederico Ramos de. **John Rawls: a concepção de ser humano e a fundamentação dos direitos do homem**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 67.).

representando um marco para a reflexão e a deliberação que permite alcançar acordos sobre as perguntas básicas da justiça⁴³⁸.

Em terceiro lugar, o consenso não se identifica com uma situação de mero *modus vivendi*, isto é, acordos firmados por pessoas ou grupos não comprometidos de jeito nenhum com o destino dos demais⁴³⁹. Se assim fosse, o acordo seria instável e dificilmente poderia oferecer razões morais objetivas para ser obedecido, pois se espera que uma doutrina moral defenda algo mais elaborado do que simplesmente cada um seguir seus interesses⁴⁴⁰.

São os seguintes elementos que diferenciam o consenso rawlsiano dos demais:

[...] primeiro, o objeto do consenso, a concepção política de justiça, é ele mesmo uma concepção moral; e, segundo, a concepção política de justiça é endossada por razões morais, isto é, ela inclui concepções de sociedade e de cidadãos enquanto pessoas, assim como princípios de justiça, e uma visão das virtudes políticas por meio das quais esses princípios se encarnam no caráter humano e são expressos na vida pública.⁴⁴¹

Quanto à última possível objeção ao consenso, Rawls discorda da posição de que “não há forças políticas, sociais ou psicológicas suficientes, quer para gerá-lo (quando ele não existe), quer para torná-lo estável (quando existe)⁴⁴²”. Nesse horizonte, o autor defende a possibilidade de uma transição gradual de um mero *modus vivendi* ao que ele denomina um “consenso constitucional”, para chegar, finalmente, ao “consenso sobreposto”.

Na primeira etapa, de um “mero *modus vivendi*”, certos princípios de justiça são adotados como a única maneira de pôr fim a determinados conflitos civis (do mesmo modo como, segundo Rawls, aceitou-se o princípio de tolerância após a Reforma Religiosa)⁴⁴³. Em uma segunda etapa, os princípios de justiça incorporados pela constituição, e ainda não reconhecidos de bom grado, são aceitos por diferentes concepções rivais⁴⁴⁴.

⁴³⁸ PL, p. 156; GARGARELLA, *op. cit.*, p. 232.

⁴³⁹ PL, p. 145.

⁴⁴⁰ Cf. AUDARD, Catherine. **John Rawls**. Trowbridge: Cromwell, 2007, p. 197.

⁴⁴¹ PL, p. 193. No original, p. 147: “[...] *first, the object of consensus, the political conception of justice, is itself a moral conception. And second, it is affirmed on moral grounds, that is, it includes conceptions of society and of citizens as persons, as well as principles of justice, and an account of the political virtues through which those principles are embodied in human character and expressed in public life*”. Segundo Gargarella, o consenso sobreposto é suficientemente profundo para abranger ideias como as de que as pessoas são consideradas livres e iguais, razoáveis e racionais; é suficientemente amplo para estender-se sobre todas aquelas questões vinculadas à estrutura básica da sociedade; e está concentrado em uma específica concepção política da justiça, como pode ser – ou não – a concepção rawlsiana de *justiça como equidade*, cf. GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 233.

⁴⁴² PL, p. 205. No original, p. 158: “[...] *there are not sufficient political, social, or psychological forces either to bring about an overlapping consensus when one does not exist, or to render one stable (should one exist)*”.

⁴⁴³ PL, p. 159.

⁴⁴⁴ PL, p. 158.

O consenso constitucional, todavia, não é profundo e extenso o bastante, pois não atinge princípios fundamentais, nem se baseia em determinadas ideias sobre a sociedade e as pessoas, nem implica ter alcançado uma concepção pública compartilhada. De fato, esse consenso limita-se a estabelecer certos procedimentos eleitorais democráticos que tem o intuito de reduzir os conflitos sociais, e garantir algumas liberdades políticas básicas⁴⁴⁵.

Com o tempo, o consenso constitucional se mostra insuficiente para resolver todos os problemas, porque ele não abrange todas as questões da estrutura básica e se resume aos interesses comuns das pessoas⁴⁴⁶. Essas limitações tendem a levar as partes a modificar a constituição ou a legislação, de modo que essas conquistas se expandam até cobrir as questões constitucionais e os temas básicos de justiça ainda não contemplados.

Um consenso mais profundo é forçado, assim, por várias razões. Uma delas é a de que quando se estabelece um consenso constitucional, os diferentes grupos políticos que fazem parte da sociedade se veem forçados a afastar sua própria concepção do bem e recorrer, no âmbito público, a razões que possam ser atraentes para outros que não compartilham de sua visão abrangente⁴⁴⁷.

Para defender cada uma de suas posições, os diferentes grupos precisam formular concepções *políticas* que tratem da estrutura básica da sociedade e que sejam aceitáveis para os demais⁴⁴⁸. De modo semelhante, nas sociedades que admitem um sistema de revisão judicial das leis, os juízes se veem obrigados a desenvolver uma concepção política da justiça à luz da qual possam interpretar a constituição vigente⁴⁴⁹.

Paulatinamente, e à medida que os cidadãos adquirem maior confiança uns nos outros, chega-se ao *consenso sobreposto*⁴⁵⁰. Tal consenso é mais profundo, ao basear-se em certas ideias particulares sobre as pessoas e a sociedade; mais extenso, abrangendo princípios relativos a toda a estrutura básica da sociedade; e mais específico, concentrando-se em uma particular concepção de justiça⁴⁵¹.

⁴⁴⁵ PL, p. 163-164; GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 234.

⁴⁴⁶ PL, p. 165.

⁴⁴⁷ PL, p. 165-167.

⁴⁴⁸ A passagem de uma mera situação de *modus vivendi* a um consenso constitucional, tal qual a transição deste para um consenso sobreposto, fundamenta-se, essencialmente, na concepção de ser humano que Rawls sustenta, cf. PL, p. 163. De acordo com ela, como se viu no tópico 2.2.2, do capítulo II, as pessoas têm uma capacidade para formar uma concepção do bem e uma capacidade para aceitar concepções de justiça e equidade, agindo de consoante estas.

⁴⁴⁹ PL, p. 165. Somente então, para Rawls, é que as leis promulgadas pelo Legislativo poderiam ser declaradas constitucionais ou inconstitucionais, quando os juízes têm uma base razoável para interpretar os valores e critérios que a constituição incorpora ostensivamente.

⁴⁵⁰ PL, p. 168.

⁴⁵¹ PL, p. 165-168; GARGARELLA, *op. cit.*, p. 234.

O consenso sobreposto surge como uma expressão do que Rawls denomina a “razão pública”⁴⁵². Esta seria, em linhas gerais, a razão ideal dos cidadãos de uma sociedade democrática liberal enquanto compartilham uma mesma cidadania, isto é, a igual liberdade por todos reconhecida e almejada, por meio de argumentos que possam ser pública e consensualmente estabelecidos para a elaboração de uma sociedade mais justa⁴⁵³.

Diferentemente das razões não-públicas, que envolvem as doutrinas abrangentes de uma dada sociedade⁴⁵⁴, Rawls afirma que a razão é *pública* de três modos distintos: “[...] enquanto razão dos cidadãos como tais, é a razão do público; seu objeto é o bem do público e as questões de justiça fundamental; e sua natureza e conceito são públicos, sendo determinados pelos ideais da sociedade e conduzidos à vista de todos sobre essa base⁴⁵⁵”.

A ideia de razão pública indica, portanto, a qual tipo de razões pode-se recorrer, e a qual tipo de razões não se pode recorrer, quando se pretende, por exemplo, elaborar determinada lei ou interpretar a constituição de certo modo. Quando o que está em jogo são questões políticas fundamentais⁴⁵⁶, não convém que os cidadãos ou os diferentes grupos recorram a razões que os demais não possam razoavelmente aceitar⁴⁵⁷.

Para explicar por que os cidadãos utilizariam apenas uma concepção política de justiça, quando da deliberação sobre questões políticas fundamentais, Rawls invoca o princípio de legitimidade liberal⁴⁵⁸. Conforme este, o poder político somente é exercido

⁴⁵² PL, p. 213.

⁴⁵³ Cf. OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 33.

⁴⁵⁴ PL, p. 220. A fronteira entre a razão pública e as razões não-públicas é “porosa”, mas, como lembra Catherine Audard, em termos de justificação, as razões invocadas são bem diferentes. As igrejas, por exemplo, podem apelar para várias concepções religiosas no intuito de determinar as suas regras locais, ao passo que as instituições políticas somente podem recorrer a uma concepção política de justiça independente das doutrinas abrangentes, sejam elas religiosas ou não. Cf. AUDARD, Catherine. **John Rawls**. Trowbridge: Cromwell, 2007, p. 206.

⁴⁵⁵ PL, p. 262. No original, p. 213: “[...] *as the reason of citizens as such, it is the reason of the public; its subject is the good of the public and matters of fundamental justice; and its nature and content is public, being given by the ideals and principles expressed by society's conception of political justice, and conducted open to view on that basis*”.

⁴⁵⁶ As questões de justiça básica social envolvem, como já se viu, a distribuição de oportunidades equitativas (educacionais e de acesso às posições ocupacionais mais valorizadas) e a distribuição de renda e riqueza. O conteúdo essencial da constituição, por sua vez, é definido por Rawls como sendo: “os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as prerrogativas do legislativo, do executivo e do judiciário; o alcance da regra da maioria e os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar, tais como o direito ao voto e à participação na política, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento e de associação, assim como as garantias do império da lei”. (*In*: PL, p. 277.). No original, p. 227: “*a, fundamental principles that specify the general structure of government and the political process: the powers of the legislature, executive and the judiciary; the scope of majority rule; and b. equal basic rights and liberties of citizenship that legislative majorities are to respect, such as the right to vote and to participate in politics, liberty of conscience, freedom of thought and of association, as well as the protections of the rule of law*”.

⁴⁵⁷ Assim, v.g., a discussão sobre o casamento entre homossexuais deveria ser conduzida a partir da interpretação de valores políticos compartilháveis e não avaliações de aprovação ou desaprovação moral à conduta homossexual do tipo “homossexualismo é pecado”.

⁴⁵⁸ Esse princípio está circunscrito à relação entre pessoas no interior da estrutura básica da sociedade e concebe

corretamente quando o faz de acordo com uma constituição cujo conteúdo essencial seja razoável esperar que todos os cidadãos aprovelem em termos de sua razão humana comum⁴⁵⁹.

Como o exercício do poder político deve ser legítimo, este impõe o dever moral de *civilidade*, isto é, a capacidade de, “no tocante a essas questões fundamentais, explicar aos outros de que maneira os princípios e políticas que se defende e nos quais se vota podem ser sustentados pelos valores políticos da razão pública⁴⁶⁰”. Ele envolve, ainda, a disposição para ouvir os outros e decidir quando seria razoável uma adaptação aos pontos de vista daqueles⁴⁶¹.

A noção de consenso sobreposto não é, por isso mesmo, *descritiva*, mas sim um conceito normativo definidor de um consenso desejado que, se de um lado concede autonomia a diversas convicções de valores, de outro demarca limites para a tolerância⁴⁶². É o que se depreende das palavras do autor, quando o próprio afirma ser um dos papéis dos direitos humanos estabelecer “um limite para o pluralismo entre os povos”⁴⁶³.

Ressalte-se que o consenso rawlsiano não considera a quantidade de valores que existem numa cultura, mas abrange a *imputação normativa* do mútuo reconhecimento de pessoas com diferentes orientações de vida, com base na igual liberdade e na participação paritária⁴⁶⁴. O consenso sobreposto não é, portanto, um consenso mínimo intercultural, porém implica uma escala de medida crítica da interculturalidade⁴⁶⁵.

A premissa normativa dos direitos humanos e fundamentais consiste na percepção de que a pluralidade cultural somente poderá ser tornada produtiva se as pessoas aceitarem, pelas suas diferenças, que elas reconhecem a igual liberdade e a participação com direitos iguais para todos⁴⁶⁶. Além disso, é preciso que esta reivindicação de respeito político e jurídico influencie, ao mesmo tempo, as tradições já existentes.

No entanto, a reivindicação de crítica cultural dos direitos humanos e dos direitos fundamentais é limitada, porque esses direitos não representam uma cosmovisão abrangente. Com efeito, eles não respondem a questões como a do “sentido da vida”, do sofrimento ou da morte humana e também não abarcam determinações abrangentes para a correta conduta de

o poder político como o poder do público, quer dizer, considera o poder dos cidadãos livres e iguais como um corpo coletivo. Ademais, parte da premissa de que o fato do pluralismo é inafastável.

⁴⁵⁹ PL, p. 137.

⁴⁶⁰ PL, p. 266. No original, p. 217: “to be able to explain to one another on those fundamental questions how the principles and policies they advocate and vote for can be supported by the political values of public reason”.

⁴⁶¹ PL, p. 266.

⁴⁶² PL, p. 144-150.

⁴⁶³ Esse é o terceiro dos papéis dos direitos humanos mencionados por Rawls, cf. LP, p. 105: “3. Eles estabelecem um limite para o pluralismo entre os povos”. No original, p. 80: “1. They set a limit to the pluralism among peoples”.

⁴⁶⁴ BIELEFELDT, *op. cit.*, p. 178.

⁴⁶⁵ *Id. Ibid.*, p. 178.

⁴⁶⁶ *Id. Ibid.*, p. 179.

vida como indivíduo ou integrante de uma sociedade⁴⁶⁷.

Ocorre que é exatamente por isso que, para Rawls, os direitos humanos e fundamentais não se opõem às convicções culturais particulares, mesmo que possam ter influência sobre estas através de suas reivindicações emancipatórias. A abrangência do pensamento relativo àqueles direitos é limitada e restringe-se a padrões políticos e jurídicos, de sorte que eles abrem espaço para um amplo leque de crenças religiosas e de cosmovisões.

Rawls não pretende que os direitos humanos sejam uma espécie de religião civil única da humanidade e o consenso sobreposto neles contido não exige amplo ecumenismo de religiões, de cosmovisões ou de culturas. Pelo contrário, as pessoas têm a liberdade de manter sua identidade individual e social entre si e de determinar limites para a tolerância recíproca, desde que se preserve o respeito pela igualdade de direitos.

Mesmo que os direitos humanos enfatizem padrões políticos e jurídicos, eles se mantêm abertos às interpretações abrangentes das cosmovisões⁴⁶⁸. Assim como os princípios de justiça podem ser interpretados pelas diferentes doutrinas abrangentes, também há a possibilidade de os direitos humanos serem compreendidos segundo diversas perspectivas religiosas, filosóficas e políticas⁴⁶⁹.

O filósofo estadunidense afirma que o Direito dos Povos não depende do lugar ou da cultura de origem, mas da satisfação do critério de *reciprocidade* e da *razão pública* da Sociedade dos Povos, pois exige de outras sociedades “apenas o que elas podem oferecer razoavelmente, sem se submeterem a uma posição de inferioridade ou dominação⁴⁷⁰”. Essa condição possibilita que o Direito dos Povos tenha um alcance universal⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ Como se viu, Rawls deixa aos próprios cidadãos de responder a essas perguntas, com base nas doutrinas abrangentes a que aderem: “[a]plicar os princípios da tolerância à própria filosofia significa deixar aos próprios cidadãos a resolução das questões de religião, filosofia e moral, de acordo com as visões que adotam livremente.” (In: PL, p. 200.). No original, p. 154: “[t]o apply the principles of toleration to philosophy itself is to leave to citizens themselves to settle the questions of religion, philosophy, and morals in accordance with views they freely affirm”.

⁴⁶⁸ A noção da inviolabilidade da *dignidade da pessoa humana*, por exemplo, parece estar presente nas mais diversas tradições culturais, ainda que o seu conteúdo não seja exatamente o mesmo em todas elas.

⁴⁶⁹ O exemplo citado no tópico 2.3.3, do capítulo II, afigura-se, novamente, útil: “cristãos creem que a vida humana deve ser protegida pelo seu valor intrínseco, já que o Homem foi feito à imagem e semelhança de Deus; holistas creem que a vida humana, como qualquer outra vida, deve ser protegida porque é parte de um todo e, se for retirada, o equilíbrio desse todo se quebra. Ambos concordam que a vida deve ser protegida e isto é suficiente para a existência de uma norma que sancione o homicídio. Opera-se um consenso sobreposto sobre a proteção da vida humana, embora as doutrinas morais abrangentes discordem quanto ao fundamento dessa proteção.” (In: JESUS, Carlos Frederico Ramos de. **John Rawls**: a concepção de ser humano e a fundamentação dos direitos do homem. Curitiba: Juruá, 2011, p. 67.).

⁴⁷⁰ LP, p. 159. No original, p. 121: “It asks of other societies only what they can reasonably grant without submitting to a position of inferiority or domination”.

⁴⁷¹ Segundo Bielefeldt, “uma ponte entre direitos humanos e tradição somente pode ser construída como *intermediação retrospectiva crítica*, partindo do ponto de vista hermenêutico da era moderna. Dessa forma, estabelecem-se diferentes pontos de contato entre as tradições no pensamento referente aos direitos humanos que, no entanto, não devem ser rebaixados a meras raízes ou fontes culturais exclusivas desses direitos.” (In:

Com isso, a concepção rawlsiana afasta-se, satisfatoriamente, das críticas relativistas de que o antropocentrismo dos direitos humanos e fundamentais os tornaria inaplicáveis aos povos que possuem uma visão de mundo teocêntrica. Escapa, ainda, da objeção de que os direitos humanos são essencialmente individualistas e ocidentais, e, portanto, incompatíveis com o espírito ético comunitário de outras culturas não-ocidentais⁴⁷².

4.2.3 Rawls e o problema jurisdicional

Na terceira parte de *The law of peoples*, Rawls, que até então havia desenvolvido a generalização de uma concepção liberal de justiça em um quadro ideal, passa a analisar as questões oriundas das condições *não ideais* do mundo⁴⁷³. A teoria não-ideal trata exatamente desses desafios e de como devem se portar os membros da Sociedade dos Povos em face das condições dos povos não bem ordenados⁴⁷⁴.

O objetivo de Rawls com a teoria não-ideal é buscar políticas e cursos de ação moralmente permissíveis, politicamente possíveis, e com probabilidade de serem eficazes, para a solução das querelas envolvendo povos bem ordenados e povos não bem ordenados⁴⁷⁵. É no âmbito da teoria não-ideal, portanto, que se pode discutir os problemas apontados sobre a viabilidade de uma *jurisdição internacional dos direitos humanos*⁴⁷⁶.

Rawls distingue dois tipos de teoria-não ideal. A primeira lida com as condições de não-aquiescência dos *Estados fora da lei*, que se recusam a aceitar um Direito dos Povos razoável, pois acreditam que a guerra pode promover seus interesses racionais. A segunda, por sua vez, lida com as sociedades *oneradas*, que, por motivos históricos, sociais e econômicos, não conseguem alcançar um nível de ordenação liberal ou decente⁴⁷⁷.

Examinando o primeiro aspecto, Rawls avalia que, conforme o quinto princípio do Direito dos Povos, “os povos têm o direito de autodefesa, mas nenhum direito de instigar à guerra por outras razões que não a autodefesa⁴⁷⁸”. Dessa forma, a guerra é justificada apenas

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**: fundamentos de um ethos de liberdade universal. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 181.).

⁴⁷² As críticas, já referidas no tópico 1.3.2, do capítulo I, são destacadas em: BIELEFELDT, Heiner. Os direitos humanos num mundo pluralista. Tradução de Bruno Cunha Weyne. **Pensar**, Fortaleza, v. 13, n. 2, p.167-175, jul./dez. 2008, p. 167.

⁴⁷³ LP, p. 89.

⁴⁷⁴ LP, p. 89. Para tanto, Rawls toma como característica básica dos povos bem ordenados o fato de que desejam viver em um mundo em que todas as pessoas aceitam e seguem o (ideal do) Direito dos Povos.

⁴⁷⁵ LP, p. 90.

⁴⁷⁶ Para uma análise desses problemas, veja-se o tópico 1.3.1, do capítulo I.

⁴⁷⁷ LP, p. 90.

⁴⁷⁸ LP, p. 47. No original, p. 37: “Peoples have the right of self-defense but no right to instigate war for reasons other than self-defense”. Rawls frisa que o direito à guerra normalmente inclui o direito de ajudar a defender os

em caso de autodefesa, para proteger e preservar as liberdades básicas dos cidadãos⁴⁷⁹ e pode ser realizada por qualquer sociedade que não seja agressiva e honre os direitos humanos⁴⁸⁰.

Rawls sustenta que os princípios da guerra justa⁴⁸¹ devem ser discutidos e interpretados, fazendo parte da cultura política. Deve haver, ainda, uma profunda compreensão da sua importância, pelos cidadãos em geral, para que eles possam bloquear o apelo ao raciocínio de meios e fins que negam todas as distinções razoáveis, implicando que qualquer coisa vale para acabar com a guerra tão logo seja possível⁴⁸².

Nesse sentido, ações interventivas militares somente serão possíveis em *ultima ratio*, isto é, se as agressões aos *direitos humanos*⁴⁸³ praticadas pela sociedade não forem coibidas pela imposição de sanções políticas e econômicas⁴⁸⁴. No entanto, diferenciar os casos em que a intervenção é necessária daqueles em que uma medida mais leve é suficiente é uma questão de política internacional, que foge ao escopo de uma teoria normativa⁴⁸⁵.

Por outro lado, Rawls oferece critérios mais específicos acerca de como as intervenções decorrentes do *dever de assistência*⁴⁸⁶ deverão ocorrer. Examinando o segundo aspecto da teoria não-ideal, Rawls afirma que o papel do dever de assistência é ajudar sociedades *oneradas*⁴⁸⁷ a se tornarem membros plenos da Sociedade dos Povos, não tendo como objetivo ajustar o nível de bem-estar ou riqueza entre as sociedades⁴⁸⁸.

Uma primeira diretriz afirma que “uma sociedade bem ordenada não precisa ser

aliados.”

⁴⁷⁹ LP, p. 91. Rawls assevera que uma sociedade liberal não pode exigir com justiça que os seus cidadãos lutem para conquistar riqueza econômica ou obter reservas naturais, muito menos conquistar poder e império. Em coerência com os princípios de justiça que postula para o âmbito doméstico, o autor afirma que violar a liberdade dos cidadãos pela conscrição ou outras práticas semelhantes na formação das forças armadas só é permitido em nome da própria liberdade, ou seja, como necessário para defender as instituições democráticas liberais, as tradições religiosas e não-religiosas, e as formas de vida da sociedade civil.

⁴⁸⁰ Incluem-se nesse rol as sociedades classificadas por Rawls como *absolutismos benevolentes*.

⁴⁸¹ Esses princípios, dentre os quais se inclui o de que os povos bem ordenados devem respeitar, tanto quanto possível, os direitos humanos dos adversários, sejam civis ou soldados, são analisados em: LP, p. 94-97.

⁴⁸² LP, p. 102-103.

⁴⁸³ Ressalte-se o sentido específico que essa expressão assume para Rawls, conforme discutido no tópico 3.2.3.

⁴⁸⁴ Rawls considera, ainda, a possibilidade de que os povos não bem ordenados, se expostos à civilização liberal e aos princípios e ideais básicos da cultura liberal de uma maneira positiva, podem se dispor a atuar baseados neles, e as violações aos direitos humanos podem diminuir. Dessa forma, o círculo de povos que se inter-relacionam pode se expandir ao longo do tempo.

⁴⁸⁵ LP, p. 93 Da mesma forma, a definição de *quem* deverá intervir e *como* deverá ser a intervenção é altamente dependente do cenário político internacional.

⁴⁸⁶ Segundo o oitavo princípio do Direito dos Povos: “Os povos têm o dever de assistir outros povos vivendo sob condições desfavoráveis que os impeçam de ter um regime político e social justo ou decente.” (In: LP, p. 48.). No original, p. 37: “*Peoples have a duty to assist other peoples living under unfavorable conditions that prevent their having a just or decent political and social regime*”.

⁴⁸⁷ Como se viu, para Rawls, apesar de essas sociedades não terem características expansionistas ou agressivas, elas também não possuem tradições políticas e culturais, capital humano ou técnico, e recursos materiais ou tecnológicos necessários para que sejam bem-ordenadas.

⁴⁸⁸ LP, p. 106.

uma sociedade rica⁴⁸⁹”. Para Rawls, ser um povo rico não significa ser necessariamente um povo bem-ordenado, pois uma grande riqueza não é necessária para estabelecer instituições justas, isto é, uma sociedade com poucos recursos naturais pode ser bem-ordenada desde que as suas tradições e sua estrutura sustentem uma sociedade liberal decente⁴⁹⁰.

Uma segunda diretriz é perceber como elemento de extrema importância a cultura política de uma sociedade onerada, visto que, segundo Rawls, é nela que se “encontram as causas da riqueza de um povo e as formas que [ela] assume⁴⁹¹” Desse modo, mesmo os povos dotados de poucos recursos podem, a partir dos parâmetros do racional e do razoável, se tornar bem-ordenados.

Uma terceira (e última) diretriz orienta que o objetivo da intervenção é alcançado quando as sociedades oneradas são capazes de gerir os seus próprios negócios de um modo razoável e racional, tornando-se, por fim, membros da sociedade dos povos bem ordenados⁴⁹². A intenção fundamental dessa diretriz é assegurar a autonomia dos povos, defendendo uma pluralidade razoável, na qual os povos tenham sua cultura respeitada⁴⁹³.

Rawls, portanto, não aceita os princípios de justiça distributiva em nível global defendidos por Charles Beitz e Thomas Pogge⁴⁹⁴. Apesar de reconhecer que os princípios implicam a necessidade de se alcançar instituições liberais ou decentes, de assegurar os direitos humanos e satisfazer as necessidades básicas, o autor prefere a utilização de seu dever de assistência, visando a diminuição das desigualdades entre os povos⁴⁹⁵.

Como para Rawls o que determina o desempenho de uma sociedade é a sua cultura política, e não o nível de seus recursos naturais, não seria produtivo e justo o princípio distributivo global entre os diversos povos, porquanto ele não estabelece um objetivo específico e um limite para o auxílio⁴⁹⁶. Na verdade, tal princípio poderia, inclusive,

⁴⁸⁹ LP, p. 140. No original, p. 106: “[...] *a well-ordered society need not be a wealthy society*”.

⁴⁹⁰ LP, p. 107. Rawls afirma que o propósito é estabelecer instituições básicas justas para uma sociedade democrática, de modo que a interferência pode cessar assim que elas tenham sido estabelecidas, não implicando necessariamente uma regulamentação das desigualdades econômicas e sociais entre os povos.

⁴⁹¹ LP, p. 142: “Creio que as causas da riqueza de um povo e as formas que assume encontram-se na sua cultura política e nas tradições religiosas, filosóficas e morais que sustentam a estrutura básica das suas instituições políticas e sociais, assim como a indústria e o talento cooperativo de seus membros, todos sustentados pelas suas virtudes políticas”. No original, p. 110: “*I believe that the causes of the wealth of a people and the forms it takes lie in their political culture and in the religious, philosophical, and moral traditions that support the basic structure of their political and social institutions, as well as in the industriousness and cooperative talents of its members, all supported by their political virtues*”.

⁴⁹² LP, p. 111.

⁴⁹³ LP, p. 111.

⁴⁹⁴ Cf. WENAR, Leif. The legitimacy of peoples. In: DE GREIFF, Pablo; CRONIN, Ciaran (Ed.). **Global justice and transnational politics: essays on the moral and politics challenges of globalization**. Cambridge: MIT, 2002, p. 55-56.

⁴⁹⁵ LP, p. 115-119.

⁴⁹⁶ A esse respeito, Rawls oferece um ilustrativo exemplo: “dois países liberais ou decentes estão no mesmo nível de riqueza (estimada, digamos, em bens primários) e têm a mesma população. O primeiro decide industrializar-

prejudicar as relações entre os povos.

Rawls destaca que a adesão de todas as sociedades ao Direito dos Povos carece do estabelecimento de novos órgãos que funcionem como um fórum público para a opinião política dos povos bem-ordenados em relação aos regimes que violam os direitos humanos⁴⁹⁷. Sugere, ainda, o fortalecimento de alianças entre povos bem ordenados em certas questões⁴⁹⁸ (como parecem ser os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos).

Para tanto, Rawls atribui àquelas entidades o papel de pressionar os regimes fora da lei para que mudem *gradualmente* a sua conduta, a partir, por exemplo, da recusa de assistência econômica ou da recusa em admiti-los como parceiros em práticas cooperativas mutuamente benéficas⁴⁹⁹. Nessa medida, em face do caráter gradual da mudança, seria aceitável a oposição de reservas de qualquer espécie aos tratados de direitos humanos.

À luz da teoria rawlsiana, portanto, observamos que a legitimidade de uma jurisdição internacional dos direitos humanos depende da formação de instituições que assegurem, com base nos princípios do Direito dos Povos, que todas as sociedades tenham as condições mínimas para a manutenção de uma estrutura básica justa. Qualquer poder, jurisdicional ou não, que busque fim diverso deste será inequivocamente ilegítimo.

se e aumentar a sua taxa de poupança (real), enquanto o segundo não o faz. Satisfeito com as coisas como elas são e preferindo uma sociedade mais pastoril e sossegada, o segundo reafirma os seus valores sociais. Algumas décadas depois, o primeiro país é duas vezes mais rico que o segundo. Supondo, como supomos, que ambas as sociedades são liberais ou decentes e que os seus povos são livres e responsáveis, capazes de tomar as suas próprias decisões, o país em industrialização deve ser taxado para dar fundos ao segundo? Segundo o dever de assistência não haveria nenhuma taxa, e isso parece certo, ao passo que, com um princípio igualitário global sem alvo, sempre haveria um fluxo de taxas, contanto que a riqueza de um povo fosse menor que a do outro. Isso parece inaceitável.” (In: LP, p. 154.). No original, p. 117: “*two liberal or decent countries are at the same level of wealth (estimated, say, in primary goods) and have the same size population. The first decides to industrialize and to increase its rate of (real) saving, while the second does not. Being content with things as they are, and preferring a more pastoral and leisurely society, the second reaffirms its social values. Some decades later the first country is twice as wealthy as the second. Assuming, as we do, that both societies are liberal or decent, and their peoples free and responsible, and able to make their own decisions, should the industrializing country be taxed to give funds to the second? According to the duty of assistance there would be no tax, and that seems right; whereas with a global egalitarian principle without target, there would always be a flow of taxes as long as the wealth of one people was less than that of the other. This seems unacceptable*”.

⁴⁹⁷ LP, p. 93.

⁴⁹⁸ LP, p. 93.

⁴⁹⁹ LP, p. 93.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do que examinamos neste trabalho⁵⁰⁰, podemos concluir, em síntese, que:

1) A efetivação dos direitos humanos deve ser encarada como um processo histórico, cujo desenvolvimento remonta à Antiguidade. Nesse horizonte, algumas visões filosóficas e religiosas, como o pensamento greco-romano e o cristianismo primitivo, por exemplo, destacam-se por terem fornecido ideias que sugeriam que o homem possui certos direitos imprescritíveis e inalienáveis, decorrentes apenas de sua existência;

2) Ao longo dos séculos, como resultado da confluência de fatores políticos, econômicos e culturais, a exemplo da Reforma Protestante e das revoluções burguesas, diversas concepções surgiram sobre quais seriam os direitos merecedores do *status de essenciais à pessoa humana*. Formalizados em várias cartas e declarações de direitos, eles tiveram, de início, sua titularidade restrita a determinadas classes de indivíduos;

3) Entretanto, se outrora os direitos humanos visavam à exclusiva proteção de minorias que se viam prejudicadas pelo excesso de poder estatal, hoje esses direitos englobam prerrogativas que se pretendem *universais*, derivados de uma dignidade intrínseca a todos os seres humanos. Para que essa *universalidade* não se reduza a uma mera pretensão teórica, um conjunto de órgãos e instrumentos normativos vem sendo, continuamente, desenvolvido;

4) Ocorre que, ao contrário do que alguns sustentam, os frequentes abusos aos direitos humanos têm demonstrado que tais medidas políticas não são suficientes para viabilizar a concretização deles. Dessa forma, desafios inerentes à construção conceitual desses direitos, como os relativos à possibilidade de uma jurisdição internacional e ao pluralismo cultural persistem como obstáculos a sua efetivação;

5) O problema da *jurisdição internacional dos direitos humanos* envolve, entre outros temas, o dever de não-intervenção, a integralidade dos tratados e as deficiências dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. O problema do *pluralismo cultural*, por sua vez, centra-se, basicamente, na querela doutrinária entre as correntes que propugnam o *universalismo* daqueles direitos e as que defendem o *relativismo cultural*;

6) Ambos os desafios exigem, para sua superação, que se forme uma consciência generalizada acerca da necessidade de se efetivarem os direitos humanos. Para tanto, é imprescindível delimitar mais precisamente o seu significado, determinando quais

⁵⁰⁰ Recorde-se que as questões centrais que se pretendeu discutir nesta dissertação foram as seguintes: a) como a noção do que seriam os “direitos humanos” evoluiu ao longo da história? b) de que forma se articulam as premissas que servem de alicerce ao edifício teórico rawlsiano? e c) a concepção rawlsiana de direitos humanos revela-se condizente com as demandas éticas da presente conjuntura internacional?

direitos devem ser reconhecidos como “humanos”, respostas que não podem ser obtidas por outro meio exceto o da discussão racional no âmbito da filosofia jurídica e moral;

7) A teoria da *justiça como equidade*, de John Rawls, almeja oferecer um paradigma por meio do qual se possa determinar a forma de distribuição mais adequada dos benefícios e encargos oriundos da cooperação social. Limita-se, contudo, à chamada *estrutura básica da sociedade*, isto é, a forma como as principais instituições políticas (a exemplo da constituição) se organizam para dividir as vantagens e os ônus sociais entre os cidadãos;

8) Rawls baseia-se nas ideias de que a sociedade deve ser entendida como um *sistema equitativo de cooperação social*, regulada por uma *concepção pública de justiça*, e a de que os seus membros são pessoas *livres e iguais*. Afirma, ainda, que todos os indivíduos são, simultaneamente, *racionais* (capazes de perseguir uma concepção de bem) e *razoáveis* (capazes de adaptarem suas condutas ao senso de justiça coletivo);

9) O modelo de justiça rawlsiano oferece uma alternativa satisfatória ao *utilitarismo clássico*, segundo o qual a justiça das instituições estaria atrelada à capacidade delas de promover, em uma dada sociedade, o maior saldo líquido de satisfação possível. Rawls é incisivo ao rejeitar o teleologismo utilitarista e demonstrar que aquela linha de pensamento não reconhece, satisfatoriamente, a autonomia das pessoas;

10) Rawls utiliza o artifício da *posição original* com o fim de investigar quais princípios de justiça seriam definidos por indivíduos cobertos por um *véu de ignorância*, vale dizer, que nada soubessem sobre as condições concretas de vida das pessoas que representam. Eles saberiam apenas fatos gerais sobre os seres humanos e a sociedade, como, por exemplo, que existem determinados bens necessários a qualquer plano de vida: os *bens primários*;

11) Os *princípios de justiça* escolhidos nessa situação deverão servir de base para a resolução de todos os conflitos políticos. Eles determinam que as pessoas sejam tratadas como igualmente livres e que as desigualdades sociais e econômicas sejam ordenadas de tal modo que os menos favorecidos se beneficiem (resguardada a justa poupança) e que todos tenham iguais oportunidades de acesso aos cargos e posições públicas;

12) Dada a inevitável pluralidade de *doutrinas abrangentes*, isto é, de visões que *abranjem* não somente a matéria política, mas todos os aspectos da existência humana, a convivência social exige que elas respeitem os princípios de justiça a partir de um consenso que se sobreponha as suas divergências mais profundas: o *consenso sobreposto*. Assim, os argumentos invocados nas discussões políticas devem sempre advir da *razão pública*;

13) A busca pela justiça não pode, contudo, restringir-se ao âmbito interno de uma sociedade, pois é necessário assegurar a coexistência pacífica *entre* os diversos povos. É

com esse objetivo que Rawls apresenta o *Direito dos Povos*, “utopia realista” de inspiração kantiana que pretende ampliar os limites do que se normalmente considera possível, ciente de que certas características das sociedades humanas não se alteram;

14) Para tanto, Rawls propõe uma segunda *posição original*, da qual participariam não os representantes de todos cidadãos, mas, sim os representantes de todos os povos bem-ordenados (*liberais* ou *decentes*), os quais escolheriam princípios para regular as relações entre si. Dentre estes, figuram o dever de não-intervenção, o dever de assistência às sociedades *oneradas*, o direito de autodefesa em caso de guerra e o *pacta sunt servanda*;

15) O sexto princípio do Direito dos Povos afirma que estes devem honrar uma exígua lista de *direitos humanos*. Estes, porém, ao contrário do que geralmente se defende, assumem em Rawls uma função precipuamente *estratégica*, e não *reivindicatória*, pois o autor pretende com eles estabelecer apenas um parâmetro mínimo de respeito pelo ser humano que viabilize o *acordo* entre povos democráticos e decentes em uma sociedade internacional;

16) A *fundamentação dos direitos humanos* não foi uma das preocupações do pensamento rawlsiano. No entanto, à luz de sua concepção de ser humano como pessoa igualmente livre em face das demais e que merece igual oportunidade de participação e influência nas decisões políticas da sociedade, verifica-se que o conteúdo e a obrigatoriedade daqueles direitos podem ser justificados com base no *consenso democrático*;

17) No que se refere ao problema do *pluralismo cultural*, a proposta de Rawls defende uma visão *universalista* dos direitos humanos. Com a ideia de consenso sobreposto, o filósofo enfatiza a liberdade que as pessoas têm de manter a sua identidade individual e social, e a possibilidade de interpretar os direitos humanos a partir de suas convicções abrangentes particulares, desde que atendidos os critérios da *reciprocidade* e da *razão pública*;

18) Por fim, em relação à viabilidade de uma *jurisdição internacional dos direitos humanos*, Rawls parece indicar que ela depende da formação de instituições que assegurem, a todas as sociedades, *somente* as condições mínimas para a manutenção de uma estrutura básica justa. Qualquer poder, jurisdicional ou não, que vise a fim diverso deste (como regular a desigualdade de renda entre os povos) será indiscutivelmente ilegítimo.

REFERÊNCIAS

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

ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2013 da Anistia Internacional**: o estado dos direitos humanos no mundo. Londres, mai. 2013. Disponível em: <<http://thereport.amnesty.org/pt-br/facts-and-figures>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

ANSCOMBE, G.E.M. On Brute Facts. **Analysis**, vol.18, no.3, 1958.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. 4.ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ASH, Kristina. U.S. reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: credibility maximization and global influence. **Northwestern University Journal of International Human Right**, Chicago, v. 3, 2005. Disponível em: <<http://www.law.northwestern.edu/journals/jihr/v3/7/Ash.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2014.

AUDARD, Catherine. **John Rawls**. Trowbrigde: Cromwell, 2007.

AUSTIN, John Langshaw. **How to do things with words**. Oxford: Clarendon Press, 1962.

_____. The meaning of a word. In: **Philosophical papers**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1979.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Universalismo, multiculturalismo e direitos humanos. In: **Direitos humanos no século XXI**: parte I. Rio de Janeiro: IPRI, Fundação Alexandre Gusmão, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BAYLON, Christian; FABRE, Paul. **Iniciação à linguística**. Tradução de Telmo Verdelho. Coimbra: Almedina, 1979.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislations**. Kitchener: Batoche Books, 2000.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2.ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

BIELEFELDT, Heiner. Os direitos humanos num mundo pluralista. Tradução de Bruno Cunha Weyne. **Pensar**, Fortaleza, v. 13, n. 2, p.167-175, jul./dez. 2008.

_____. **Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal.** Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.

BIRD, Colin. **Introdução à filosofia política.** Tradução de Saulo Alencastre. São Paulo: Madras, 2011.

BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Do estado liberal ao estado social.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BULL, Hedley. **A Sociedade Anárquica.** Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Ed UnB, IPRI; São Paulo: IOESP, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.**, v. 1., 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

CARBONELL, Miguel. Constitucionalismo y multiculturalismo. **Derecho y cultura**, Ciudad de México, n. 13, jan./abr. 2004.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje.** 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CESAR, Raquel Coelho Lenz. A UNASUL e o processo de integração latino-americano. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana Oliveira *et al* (Org). **A construção jurídica da UNASUL.** Florianópolis: Editora da UFSC, 2011.

CITTADINO, Gisele Guimarães; DUTRA, Deo Campos. **Cosmopolitismo jurídico: pretensões e posições na interseção entre filosofia política e direito.** In: Nomos, Fortaleza, v. 33.1, jan./jul. 2013. Disponível em: <http://mdf.secrel.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=34>. Acesso em: 10 jul. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA, Reginaldo da. **Ética e filosofia do direito.** Fortaleza: ABC, 2006.

COURTOIS, Stéphane. *et al.* **O livro negro do comunismo: crimes, terror e repressão.** Tradução de Caio Meira. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

CULLETON, Alfredo. Por que e onde buscar um princípio fundador para os direitos humanos? **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 40, n. 2, p. 57-59, jul./dez. 2007.

DANIELS, Norman (Org.). **Reading Rawls: critical studies on Rawls' 'A theory of justice'.** Stanford: Stanford University, 1989.

DAUDT, Gabriel Pithan. **Reservas aos tratados internacionais de direitos humanos: o conflito entre a eficácia e a promoção dos direitos humanos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito.** Tradução de Antonio Jose Brandão. 4.ed. Coimbra: Armênio Armando, 1972.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 10. ed. Salvador: *JusPODIVM.* v. 1.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DOUZINAS, Costas. **The end of human rights: critical legal thought at the turn of the century.** Oxford: Hart, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously.** London: Duckworth, 1977.

FACHIN, Melina. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FARIÑAS DULCE, María José. **Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la 'actitud postmoderna'.** Madrid: Dynkinson, 1997,

FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. Tradução de Carol Proner. **Seqüência**, Florianópolis, v. 23, n. 44, jul. 2002.

FREEMAN, Samuel (Org.). **The Cambridge Companion to Rawls.** Cambridge: Cambridge University, 2003.

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

GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip; POGGE, Thomas (Ed.). **A companion to contemporary political philosophy.** 2. ed. Oxford: Blackwell, 2007, v. 1 e 2.

GUERRA, Marcelo Lima. **Competência da Justiça do Trabalho.** Fortaleza: Tear da Memória, 2009.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público.** 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls's political liberalism. **The Journal of Philosophy.** New York, v. 92, n. 3, mar. 1995.

HART, Herbert L. R. **The concept of law.** 2. ed. Oxford: Clarendon, 1994.

HERKENHOFF, João Batista. **Curso de direitos humanos** São Paulo: Acadêmica, 1994, v. 1.

HOBBS, Thomas. **Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y**

civil. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX.** Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUNTINGTON, Samuel. **The clash of civilizations and the remaking of world order.** New York: Touchstone, 1997.

JESUS, Carlos Frederico Ramos de. **John Rawls: a concepção de ser humano e a fundamentação dos direitos do homem.** Curitiba: Juruá, 2011.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos.** Lisboa: Edições 70, 1995.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Lisboa: Edições 70, 2008.

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

KYMLICKA, Will. Rawls on teleology and deontology. **Philosophy and public affairs**, v. 17, n. 3, p. 173-190, 1988.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um dialogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LAGE, Délber Andrade. **A jurisdicionalização do direito internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** Tradução de Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Amartya Sen como intérprete e crítico da teoria da justiça de John Rawls.** Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/10092742/Amartya-Sen-Como-Critico-de-J-Rawls>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

_____. **Fundamentos do direito.** São Paulo, Atlas, 2009.

MAGALHAES, José Luiz Quadros. **Estado plurinacional e direito internacional.** Curitiba: Juruá, 2012

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito e filosofia política: a justiça é possível.** São Paulo: Atlas, 2003.

MAYBURY-LEWIS, David. A antropologia numa era de confusão. **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** Bauru, v.17. n. 50, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público.** 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MILL, John Stuart. **Utilitarianism**. Kitchener: Batoche Books, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NAGEL, Thomas. John Rawls and affirmative action. **The Journal of Blacks in Higher Education**, New York, n. 39, p. 82-84, 2003. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3134387>>. Acesso em: 6 set. 2011.

_____. Justice and nature. **Oxford Journal of Legal Studies**. Oxford, v. 17, n. 2, 1997.

NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

NOZICK, Robert. **Anarchy, state, and utopia**. Oxford: Blackwell, 1999.

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. **status of ratifications of the principal international human rights treaties**. New York, 14 jul. 2006. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/docs/status.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2011.

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

_____. **Tractatus ethico-politicus: genealogia do ethos moderno**. Porto Alegre: , EIPUCRS, 1999.

PAREKH, Bhikhu. Non-ethnocentric universalism. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. **Human rights in global politics**. New York: Cambridge University, 2001.

PECES-BARBA, Gregorio. La universalidad de los derechos humanos. In: **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Madrid: Biblioteca Miguel de Cervantes, n. 15-16, 1994.

_____; GARCIA, Eusebio. Introducción. In: PECES-BARBA, Gregorio; GARCIA, Eusebio. (Org.). **Historia de los derechos fundamentales**. Madrid: Dynkinson 1998, tomo I.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La fundamentación de los derechos humanos. **Revista de Estudios Políticos**, Logroño, n. 35, p. 7-72, set./out. 1983.

_____. **Los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1988.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007

POGGE, Thomas. **John Rawls: his life and theory of justice**. New York: Oxford University, 2007.

_____. **Realizing Rawls**. Ithaca: Cornell University, 1989.

_____. Rawls on international justice. **The Philosophical Quarterly**, v. 51, n. 203, abr. 2001

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Justice as fairness: a restatement**. KELLY, Erin (Ed.). Cambridge: Belknap, 2001.

_____. Justice as fairness: political not metaphysical. **Philosophy and public affairs**, v. 14, n.3, p. 223-251, 1985.

_____. **Liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

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

_____. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 1996.

_____. **The law of peoples**. Cambridge: Harvard, 1999.

_____. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: filosofia pagã e antiga**. 2 ed. São Paulo: Paulus.

RECANATI, François. Literalism and contextualism: some varieties. In: PREYER, Gerhard; PETER, Georg. (Ed.). **Contextualism in philosophy: knowledge, meaning and truth**. Oxford: Clarendon Press, 2005.

ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética em la sociedad actual**. Madrid: Civitas, 1992.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios de direito político**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SANDEL, Michael. **Liberalism and the limits of justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Direitos Humanos: o desafio da interculturalidade. **Direitos Humanos**, Brasília, n. 2, jun. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEARLE, John. How to derive “ought” from “is”. **The philosophical review**, Durham, v. 3, nº 1, p. 43-58, Jan. 1964.

SEARLE, John. **Speech acts**: an essay in the philosophy of language. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

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

SGARBI, Adrian. **Teoria do direito**: primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 6, p. 541-558, 2005.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Teoria da norma jurídica**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Justiça distributiva: a crítica de Sen a Rawls. **Dados**, v. 42, n. 3, Rio de Janeiro: 1999.

WENAR, Leif. The legitimacy of peoples. In: DE GREIFF, Pablo; CRONIN, Ciaran (Ed.). **Global justice and transnational politics**: essays on the moral and politics challenges of globalization. Cambridge: MIT, 2002.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013.

WILKINS, Burleigh. Rawls on human rights: a review essay. **The Journal of Ethics**, n. 12, mar. 2007.

WOLFRUM, Rüdiger. Legitimacy of International Law from a legal perspective: some introductory considerations. In: WOLFRUM, R.; ROBEN, V. (orgs.). **Legitimacy in International Law**. Heidelberg: Springer, 2008. pp. 1-24.