UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

MONOGRAFIA

DÉLCIO OLDAR WOLKARTT

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

MONOGRAFIA

**A Justiça como equidade social
na concepção de John Rawls**

TRABALHO APRESENTADO À DISCIPLINA DE FILOSOFIA DO DIREITO DO 10º PERÍODO DO CURSO DE DIREITO PELO ALUNO: DÉLCIO OLDAR WOLKARTT

Professora orientadora: Ana Paula Moreira

JUIZ DE FORA

2014

FOLHA DE APROVAÇÃO

DÉLCIO OLÍVIA WOLKARTT

Aluno

A JUSTIÇA COMO EQUIDADE SOCIAL NA CONCEPÇÃO DE

JOHN RAWLS

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

José Pele - d. te.

Sandra Bara Alves

[Assinatura]

Aprovada em 03/07/2014.

RESUMO

A efetivação dos direitos humanos pode ser visto como resultado da confluência de fatores políticos, econômicos e culturais, que outrora visavam à exclusiva proteção de minorias que se viam prejudicadas pelo excesso de poder estatal, mas que hoje englobam prerrogativas que se pretendem *universais*, esbarrando no problema da jurisdição internacional.

Um sistema equitativo de cooperação social regulada por uma concepção pública de justiça, onde as pessoas, membros, são livres e iguais. A teoria da justiça como equidade de John Rawls, pretende oferecer um padrão de distribuição mais adequado dos benefícios e encargos oriundos da cooperação social.

ABSTRACT

The realization of human rights can be seen as a result of the confluence of political, economic and cultural factors, which once aimed solely at protecting minorities found themselves hampered by excessive state power, but which today include privileges that are to be universal, bumping into the problem of international jurisdiction.

A fair system of social cooperation regulated by a public conception of justice, where people, members are free and equal. A theory of justice as fairness John Rawls intends to offer a more appropriate distribution pattern of benefits and burdens arising from social cooperation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPITULO I - EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	9
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	9
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	10
1.2.1 Antecedentes clássicos e medievais	10
1.2.2 O contratualismo e as declarações de direitos	12
1.2.3 A Declaração Universal de 1948 e o Direito Internacional dos Direitos Humanos	15
CAPÍTULO II - DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	18
2.1 A (im)possibilidade de uma jurisdição internacional dos direitos humanos.....	18
2.2 O problema do pluralismo cultural	21
2.3 A necessidade de uma fundamentação dos direitos humanos	24
CAPITULO III - FUNDAMENTOS DE UMA TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE.....	28
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	28
3.2 CARACTERÍSTICAS GERAIS DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS.	29
3.2.1 O papel e os limites de uma teoria da justiça como equidade.....	29
3.2.2 As ideias basilares da concepção de justiça rawlsiana	33
CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS	41

INTRODUÇÃO

Passados quase setenta anos desde a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Organização das Nações Unidas, com seu preâmbulo e mais trinta artigos, embeudados de: garantir os direitos humanos, defender a dignidade humana e a democracia, combinando de forma inédita as liberdades individuais e sociais, a Declaração ainda é o marco mais recente e de maior relevância, referente a esses direitos.

Introduz assim, a “concepção contemporânea” dos direitos humanos, que culmina, como consequência, no entendimento de que a garantia e proteção desses direitos não deve se restringir aos Estados, ou seja, passam a ser garantidos por uma jurisdição internacional e não como um problema doméstico, cuja jurisdição era exclusivamente doméstica.

Infelizmente, embora albergadas pelos mais diversos ordenamentos jurídicos, as normas de direitos humanos consagradas nos tratados internacionais vêm sendo reiteradamente violadas neste século (OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, 2006). Em seu informe anual de 2011, por exemplo, a Anistia Internacional denunciou que pessoas ainda são torturadas ou maltratadas em, pelo menos, 98 países, além de serem proibidas de se expressar livremente em, ao menos, 89 nações (ANISTIA INTERNACIONAL, 2011).

Importa dizer que informações como essas e outras mais, contidas nos relatórios da Anistia Internacional, refletem e fundamentam a tese de que na prática seria muito mais importante dispender esforços em defender os direitos humanos de forma efetiva, do que buscar fundamentação.

A esse respeito, em conhecida assertiva, o jurista italiano Norberto Bobbio, 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”.

Em verdade precisamos reconhecer duas situações distintas sobre o mesmo tema. Primeiro a eficiência alcançada com avanços inegáveis na fundamentação teórica da matéria. Segundo, é que as mesmas normas eficientes na teoria, não são sequer eficazes, quando se trata de aplicação prática.

É fato que o direito interno dos Estados, em sua maioria, têm incorporado os tratados internacionais que consagram os direitos humanos, assim como, criamos órgãos

internacionais que fiscalizam sua observância, mas é fato também que essas ações se mostram insuficientes.

Nesse sentido, considerando a importância e a atualidade do assunto, este trabalho dedica-se a investigar se é possível propor um modelo teórico que viabilize, se não a superação, ao menos a redução de alguns dos obstáculos que comprometem a efetivação dos direitos humanos. São eles: a (in)viabilidade de uma jurisdição internacional dos direitos humanos, o pluralismo cultural e a necessidade de uma fundamentação dos direitos humanos.

As razões, em especial, que justificam este trabalho é acreditar que a discussão acerca “do que é justo” antecede qualquer discussão teórico-filosófica sobre direitos humanos. Sob o ponto de vista histórico, figura como um autor contemporâneo, certamente, por que refletiu sobre assuntos discutidos neste trabalho, em um contexto semelhante ao atual, o que justifica como principal referencial teórico adotado, a obra de John Bordley Rawls (1921-2002).

Diante do exposto, serão enfrentadas as seguintes questões: a) como o problema da efetivação dos direitos humanos se desenvolveu historicamente? b) como se articulam as premissas que servem de alicerce ao edifício teórico rawlsiano? e c) que contribuições o paradigma da justiça como equidade fornece para solucionar ou reduzir os desafios à efetivação dos direitos humanos? Com esse intuito, a monografia divide-se em três capítulos.

No primeiro, pretende-se contextualizar o processo de efetivação dos direitos humanos ao longo do tempo, analisando-se brevemente os principais períodos, documentos e posições doutrinárias que demarcaram o itinerário histórico atravessado por suas normas e alguns dos desafios contemporâneos cuja superação se afigura imprescindível para que aqueles direitos sejam satisfatoriamente efetivados.

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

CAPITULO I - EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em meio a correria do dia a dia, raramente paramos para observar o mundo a nossa volta e muitas vezes ou na maioria das vezes, não percebemos o quanto já evoluímos em todos os sentidos. Voltando para um dos temas desta pesquisa, direitos humanos, não é diferente. Não paramos para pensar que nossa história, nos trouxe até aqui, depois de lutas em busca de novas liberdades contra velhos poderes. Cada luta em seu contexto social, político e em determinadas circunstâncias, deram origem gradualmente e nos renderam a atual normatização dos direitos humanos.

Não por acaso, a atual normatização dos direitos humanos resulta de movimentos sociopolíticos e correntes jus filosóficas desenvolvidos ao longo de vários séculos, em diferentes regiões (CANÇAD0, 2003).

A partir dessas premissas, a primeira parte deste capítulo tem por objetivo apresentar o contexto histórico no qual se desenvolveu o processo de efetivação dos direitos humanos, analisando brevemente os períodos, principais documentos e correntes doutrinárias que marcaram a caminhada da humanidade, até alcançarmos a concepção contemporânea desses direitos.

A abordagem adotada não se limitará a simples investigação de antecedentes históricos, documentos e à enumeração de artigos que asseguravam, certos direitos, mas examinar os principais fatores políticos, sociais e culturais que fomentaram a luta na busca pelas concepções sobre quais direitos mereceriam o status de fundamentais para o ser humano. Em outras palavras, quais direitos seriam inatos a condição humana.

Sabendo ser impossível em tão curto espaço de tempo, analisar todas as culturas, entretanto, reconhecemos a riqueza das culturas orientais, assim como as contribuições que elas ofereceram, mas esta pesquisa limitar-se-á a história ocidental, sendo esta uma das muitas opções para se estudar a história dos direitos humanos.

É importante salientar ainda, à guisa de introdução, que este trabalho não partilha da tese de que os acontecimentos históricos conduzem necessariamente ao “progresso” da humanidade, de modo que esta haveria trilhado uma estrada sempre “ascendente” (VILLEY, 2007).

Na segunda parte do capítulo, pesquisar-se-á 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.

Vários fatores além da ordem política, econômicos, culturais, contribuem para que as normas de direitos humanos ainda não gozem de um grau satisfatório de efetividade. No entanto, dada a impossibilidade de tratar de todos eles nesta monografia, preferiu-se centrar esforços em dois dos mais complicados: a viabilidade de uma jurisdição internacional dos direitos humanos e o pluralismo cultural.

Por fim, demonstrar que para aumentar ou melhorar, para otimizar a efetividade dos direitos humanos, há uma discussão que antecede, a discussão das razões que justificam moralmente a necessidade deles, a fim de buscar o apoio às suas normas ou do contrário, não passará de mero artifício retórico.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

1.2.1 Antecedentes clássicos e medievais

É fato que a concepção contemporânea dos direitos humanos se funda nas declarações promulgadas nos períodos entre os séculos XVII e XVIII, mas sabemos também que algumas ideias vem de um legado da filosofia e religião antigas. Ideias essas que influenciariam diretamente o pensamento de que o homem é titular de 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 ancestrais (HERKENHOFF, 1994, p.51).

No período axial, compreendido entre os séculos VIII a II a.C., muitos afirmam o nascimento da filosofia, assim como uma nova compreensão do homem como um ser livre e racional. Nesse mesmo período o surgimento de uma racionalidade que vai centrar-se no ser humano, ocupando o espaço, que até então era preenchido por explicações mitológicas.

Analisando sob o aspecto religioso, é na figura do rei-sacerdote Davi, que origina-se o pensamento de que o poder dos governantes deveria se submeter às normas emanadas por uma entidade superior. Davi adotou posição antagônica a dos monarcas contemporâneos de seu tempo, ao reinar sobre Israel unificado, comportando-se como fiel guardião e pela execução das lei de Deus.

Na Atenas do século VI a. C., além de limitado por conjunto de instituições democráticas, as quais o cidadãos participavam ativamente, existia ainda o “*NOMOS*”, que era uma regra baseada no empirismo, espécie de sabedoria e razão prática, que assumia valor equivalente ao que hoje conferimos 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 democrático (VASCONCELOS, 2000, p.49).

Já durante a república romana, a limitação do poder político 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, democrático (COMPARATO, 2004).

Observando ainda o aspecto da religião, vamos encontrar no Antigo testamento, a crença de que o homem sendo a imagem e semelhança de Deus, ocupava status de coisa mais sagrada que pudesse existir no mundo, culminando com a valorização da pessoa humana, por estar no ápice da criação Divina. Lembrando que até os dias atuais, essa igualdade entre os “filhos de Deus”. Era e ainda é observada, somente, após a morte. Prova disso é a admissão da escravidão pela igreja, durante séculos, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, assim como a dos povos colonizados (americanos, africanos e asiáticos) em face dos europeus.

Na Idade Média, a idéia da existência de duas ordens jurídicas distintas (direito natural e direito positivo), já era defendida por Santo Tomás de Aquino, o principal teorizador da dignidade humana. De forma que a desobediência e resistência do povo se

justificaria sempre, nos casos de extremo desrespeito às pessoas pelo Estado, das leis do direito natural.

Nessa linha de pensamento, encontrou seguidores que advogavam a ideia de que a dignidade da pessoa humana, abarca valores, inatos, inalienáveis e incondicionados, pelo simples evento do nascimento.

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 justamente” (LAFER, 1991).

1.2.2 O contratualismo e as declarações de direitos

O humanismo vai romper a mentalidade cosmo-teológica da Antiguidade e Idade Média, inaugurando nova visão de mundo na qual o homem é exaltado como um ser de múltiplas habilidades e importante na organização social, propiciando o surgimento da ideia de liberdade negativa, precursora dos direitos humanos.

A reforma protestante questionou uma série de dogmas que atuavam como uma série de obstáculos que impediam a iniciativa e o desenvolvimento individual, bem como o pluralismo e a tolerância religiosa, reforçando o ponto de vista inaugurado pelo Humanismo, de que a iniciativa do homem é importante para a organização social.

A ordem jurídica sofreu reflexos, culminando na adoção de uma nova perspectiva do Direito, cuja concepção, não mais era um meio de opressão Estatal, mas um instrumento em benefício do indivíduo.

Liberdade individual. Essa foi a ideia que a burguesia emergente, aproveitando para reivindicar a limitação do poder do Estado absolutista, obrigando-lhe a buscar outra fundamentação para sua autoridade, passando conseqüentemente, da origem teológica para a origem contratual do Estado. Essa mudança propiciou o desenvolvimento dos direitos do homem e do cidadão, vindo mais tarde a ser fixados nas declarações de direitos.

As primeiras teorias do pacto social sobre a origem do Estado e do Direito já haviam surgido na Grécia do século V, com os sofistas (VASCONCELOS, 2000). É na Idade Moderna, contudo, 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: Hobbes, Locke e Rousseau.

Considerada um dos mais remotos antecedentes das declarações de direitos do homem, dos séculos XVII e XVIII, a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, consistia em uma carta do feudo, que foi elaborada para proteger os interesses e privilégios dos Barões, em detrimento da maioria da população, mas ainda assim, tornou-se um símbolo da luta pelas liberdades públicas e base para a fundamentação da ordem jurídica democrática do povo inglês.

Embora presentes na Magna Carta, o monarca não reconhecia e desrespeitava vários direitos, a exemplo de confisco de bens e prisões arbitrárias, fazendo com que os parlamentares ingleses elaborassem outro documento em 1628, *Petition of Rights*, no qual exigiram do monarca o reconhecimento de diversos direitos, a proibição de prisão arbitrária e o confisco de bens, sem a ocorrência de um julgamento legal por seus pares com base na lei do país.

Fruto da revolução inglesa de 1688, o *Bill of Rights*, documento elaborado pelo Parlamento, impôs ao rei Jaime II, que abdicou-se do trono. Designou monarcas com poderes reais, mas limitados por esse documento. A monarquia constitucional instituída por este documento era submetida a soberania popular, inspirando, mais tarde, a formação das democracias liberais da Europa e da América nos séculos XVIII e XIX.

Profundamente influenciada pela forma e estrutura de governo descritas por John Locke na obra “Segundo Tratado sobre o Governo”, a Declaração de Direitos de 1688 (*Bill of Rights*) estabelecia 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.

A *Bill of Rights*, estabelecia com a separação de poderes certa garantia institucional, mas não correspondia exatamente aos moldes das declarações que foram posteriormente aprovadas nos Estados Unidos e França.

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 humana.

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

[...] não eram cartas de liberdade do homem comum. Pelo contrário, eram contratos feudais escritos nos quais o rei, como suserano, comprometia-se a respeitar os direitos de seus vassalos. Não afirmavam direitos 'humanos', mas direitos de 'estamentos'. Em consonância com a estrutura social feudal, o patrimônio jurídico de cada um era determinado pelo estamentos, ordem ou estado a que pertencesse (HERKENHOFF, 1994, p.56).

Podemos afirmar, com relação as declarações de direitos, a experiência inglesa influenciou, significativamente, todo o processo de positivação dos direitos humanos.

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 inglesas” (PEREZ LUNO, 1988).

A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776, define uma estrutura de governo democrático, restringindo o poder estatal e postulando a igualdade, a liberdade e a independência de todos os homens, inspirada na filosofia de Locke, Montesquieu e, sobretudo, Rousseau.

Em sentido moderno, este é o primeiro documento onde há declaração dos direitos humanos.

O que fazer com as ex-colônias inglesas diante da Declaração de Virgínia? Essas eram situações de preocupação diante de um “suposto universalismo” dos direitos, contidos na declaração.

A Assembleia Constituinte francesa, com pretensões bem mais revolucionárias, reagindo ao regime absolutista, promulga a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, manifestando pela primeira vez a “universalidade” de tais direitos, não encontrando sua repercussão precedentes em toda história. Em seu conteúdo, princípios e dispositivos que tinham como destinatários os seres humanos. Por exemplo, o princípio da preeminência da lei, assim como um dispositivo que determina o fim de toda associação política: “A conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

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 condi-

ções da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade (BONAVIDES, p.562).

Embora na Declaração Francesa de 1789, estivessem previstos direitos destinados à todos os seres humanos, os burgueses tinham condições mais favoráveis para arguir as prerrogativas consubstanciadas nela e exercer o direito de propriedade, por exemplo, do que a classe menos favorecida, os proletários.

1.2.3 A Declaração Universal de 1948 e o Direito Internacional dos Direitos Humanos

Marcado por tentativas de soluções pacíficas das questões políticas e econômicas, o século XX foi um período marcado também por guerras, revelando a inocuidade da Liga das Nações na tratativa dos conflitos que culminaram na Primeira Guerra Mundial. Bem verdade, é que o órgão não contou com a participação dos mais importantes atores do cenário mundial da época.

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, acarretando o extermínio de milhares de seres humanos (LAFER, 1991).

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 milhões (1995, p.49).

Passado o conflito e diante dos horrores cometidos, vinculamos os direitos humanos à ideia de bem comum, a fim de que o homem se emancipasse de todo tipo de servidão. Buscou ainda a retomada de ideias como a moralidade, a dignidade e o direito universal, com objetivo de impedir ou na pior das hipóteses limitar o poder de governos totalitários, ainda que legalmente constituídos.

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”. Dessa maneira, reflete o autor, “onde quer que eles padeçam lesão, a Soci-

idade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder em toda a sociedade organizada”.

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 contemporânea”. Ela simboliza “o nascimento de uma nova ordem mundial, muito mais comprometida com os direitos fundamentais, que já se incorporou ao direito consuetudinário internacional” (MARMELSTEIN, 2009, p.52).

Um preâmbulo com sete, precedendo seus trinta artigos, a Declaração proclama a dignidade da pessoa humana, como pressuposto da liberdade, da justiça e da paz; o ideal democrático, cujo escopo é o progresso econômico, social e cultural; o direito de resistência à opressão; e, finalmente, a concepção comum desses direitos, visto que ninguém possui legitimidade para retirá-los de qualquer cidadão.

A Declaração pacificou 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 direitos. Inaugurando com essa inovação a concepção contemporânea dos direitos humanos, na qual esses direitos caracterizam-se pela “universalidade” e pela “indivisibilidade”.

A universalidade por que pretende sejam os direitos aplicados universalmente, com fundamento na ideia de que o cidadão é titular de tais direitos, pela simples condição de ser humano. A pessoa é o único requisito para a titularidade desses direitos.

Sendo condição necessária, a garantia dos direitos civis e políticos, para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa, alcançamos a outra característica que é a indivisibilidade, ou seja, se um direito é violado, os outros também o são.

Assim fica claro que não existe grau de importância que estabeleça uma relação de hierarquia entre as espécies de direitos humanos, tornando um mais importante que o outro. Estabeleceu-se, gerações ou dimensões, como classificação, por que os direitos não se sucedem ou substituem, mas se acumulam, se expandem e se fortalecem.

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 não desprezado, for-

talecendo a ideia de que tal proteção não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porquanto revela tema de legítimo interesse internacional (PEREZ LUNO, 1888).

Tal concepção acarreta algumas importantes consequências (PIOVESAN, 2000, p.12):

[...] 1ª. 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 universal; e 2ª. A cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direitos.

Assim, com o advento da Declaração de 1948 e a formação dos sistemas global e regional 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 encontre” (PORTELA, 2010, p.630).

CAPÍTULO II - DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 A (im)possibilidade de uma jurisdição internacional dos direitos humanos

O exame do desenvolvimento histórico dos direitos humanos demonstra que não foi curto o itinerário percorrido até que suas normas gozassem do atual reconhecimento (COMPARATO, 2004). 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 internacional (BIELEFELDT, 2000).

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 cidadãos” (BOBBIO, 1992, p.25). Ocorre que a viabilidade de tal jurisdição 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 estatal. Considerada um corolário do direito de soberania, outrora reputado 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 constituem (MELLO, 2004).

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 internacionais, entre as quais se incluem as chamadas “intervensões humanitárias” (PORTELA, 2010).

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 humanos. 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”.

A Convenção de Viena estabelece, entretanto, que a parte não poderá opor reserva 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 documento. 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 Civis e Políticos, 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 instrumento (UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, 2011).

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 auto-executórios (ASH, 2005).

Nesse diapasão, Gabriel Daudt pondera:

É desejável que os direitos humanos sejam integralmente respeitados e promovidos pelo maior número possível de Estados. No entanto, se for necessário se optar por um compromisso parcial de um Estado com o tratado ou por nenhum compromisso da parte desse mesmo Estado, a resposta se mostra complexa e praticamente insatisfatória. Como se promovem da melhor forma os direitos humanos? Aceitando a adesão defeituosa, por vezes até simbólica, de um Estado ou, simplesmente, não aceitando este Estado como parte? (2006, p.15).

No que tange à possibilidade 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 justiciabilidade, os demais sistemas padecem de insuficiências relativas ao alcance e à capacidade sancionatória de suas decisões, dentre outros fatores (GUERRA, 2009).

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 provocada.

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 sindical.

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 Povos: 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 humanos (PIOVESAN, 2000).

Com base no exposto, é preciso ter em mente que as dificuldades de se implementar uma jurisdição internacional dos direitos humanos não indicam apenas a existência de diferentes estágios de proteção desses direitos (DAUDT, 2006). 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.

2.2 O problema do pluralismo 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 Político (RAWLS, 2000).

Consequência paradoxal da globalização, 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 culturas locais e aumentado, simultaneamente, a consciência de que o mundo é uma localidade única, de sorte que os choques culturais são inevitáveis.

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 XVIII.

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 homogeneidade.

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 ocidental (KRETSCHMANN, 2008, p.323).

No debate acerca dos direitos humanos, o pluralismo cultural é essencial e sua ignorância, certamente, compromete a viabilidade de qualquer ação que tenha por objetivo a efetivação dos direitos humanos.

Importa destacar que a “universalidade” possui significados diversos. No plano lógico, todos os seres humanos são titulares dos direitos humanos.

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 políticas.

O pluralismo cultural constitui-se, então, como “aspecto essencial no *novo emaranhado* do debate acerca dos direitos humanos” 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 cultural (BIELEFELDT, 2008).

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)..

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 políticas.

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 irreduzível 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 [...] (1994, 626). [tradução livre].

Os relativistas, em contrapartida, posicionam-se de maneira cética e, em alguns casos, até mesmo contrária à ideia de direitos humanos (FACHIN, 2009). Defendem que a noção de 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 universal (KRETSCHMANN, 2008, p.341).

Apesar das semelhanças, é preciso salientar que o relativismo não se confunde com o “multiculturalismo” e o “comunitarismo”. Embora estes tentem conciliar o reconhecimento e o respeito à diversidade cultural presente em todas as sociedades, não dependem do relativismo para reverenciar a afirmação identitária; pelo contrário, para aqueles a universalização de certos princípios é que garante o reconhecimento e a pluralidade (KYMLICKA apud GOODIN, 2007).

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 cultural.

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 cristocêntrica (BIELEFELDT, 2008).

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 garantido.

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 outras pessoas apenas por medo das consequências de seu descumprimento (PAREKH, 2001).

Na busca de uma teoria que supere as limitações do universalismo e do relativismo, têm ganhado força algumas concepções *multiculturais* dos direitos humanos (FLORES, 2002).

Boaventura de Sousa Santos (2009), 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 intercultural.

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” atualmente (BIELEFELDT, 2000). 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?

2.3 A necessidade de uma fundamentação dos direitos humanos

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.

Nesse horizonte, alguns autores questionam a própria utilidade da ideia de direitos humanos. Michel Villey (2007), em crítica incisiva, afirma 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, praticado separadamente, é gerador de injustiças.

Villey (2007, p.162) complementa, ainda, não sem alguma ironia:

Ó medicamento admirável! - capaz de tudo curar, até as doenças que ele mesmo produziu! Manipulados por Hobbes, os direitos do homem são uma arma contra a anarquia, para a instauração do absolutismo; por Locke, um remédio para o absolutismo, para a instauração do liberalismo; quando se revelaram os malefícios do liberalismo, foram a justificação dos regimes totalitários e dos hospitais psiquiátricos. Mas, no Ocidente, nosso último recurso contra o Estado Absoluto. E, se fossem levados a sério, trazer-nos-iam de volta a anarquia [...]

Na mesma linha, a multiplicidade dos usos da expressão “direitos humanos” demonstra, antes de tudo, a ausência de um consenso quanto ao seu sentido, o qual, seguramente, contribuiria para universalizar a sua prática. A incapacidade de se conseguir impor a universalização daqueles direitos é acrescida, portanto, de uma compreensão cada vez mais difusa de seu real significado (MASCARO, 2003).

A descrença na ideia dos direitos humanos é reforçada, 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 natureza” (CULLETON, 2007, p.58).

Diante disso é que se percebe a importância de se investigar os fundamentos dos direitos humanos. 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?” (MACHADO SEGUNDO, 2009, p.7-8).

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), como os que o reputam inútil, uma vez que seria irresolúvel (positivistas). (PEREZ LUNO, 1983).

Norberto Bobbio (1992), por exemplo, defende que problema da fundamentação dos direitos humanos foi resolvido pelo consenso geral quanto à validade da Declaração Universal de 1948. Sustenta ele, no que é seguido por muitos, 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 possíveis.

Em direção contrária, Pérez Luño (1983, p.66) 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 posteriores.

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 imprescindível (CULLETON, 2007).

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 mesmos (NINO, 1989).

De acordo com Nino, é pela discussão racional sobre os direitos humanos que se 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-los (NINO, 1989). 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 na introdução desta monografia (BOBBIO, 1992). 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 fundamentação”. (ROBLES, 1992, p11). [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 acadêmica. Tal debate possui, igualmente, relevância prática que se estende aos processos de normatização e implementação concreta desses direitos, razão pela qual é pressuposto para que os desafios que lhes dificultam a efetivação possam ser superados.

CAPITULO III - FUNDAMENTOS DE UMA TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A obra e as reflexões do filósofo norte-americano John Bordley Rawls (1921-2002) representaram um verdadeiro divisor de águas na história recente do pensamento (GARGARELLA, 2008). 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 etc (AUDARD, 2007).

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 Kant, e que com ela os estudos relativos à justiça social recuperaram o prestígio de que gozavam outrora (NEDEL, 2000). Após a sua publicação, “os filósofos políticos têm agora ou de trabalhar com a teoria de Rawls ou explicar por que não o fazem” (NOZICK, 1999, p.183).

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

Na primeira parte, serão apresentadas as características gerais do modelo teórico proposto por Rawls. Observar-se-á que circunstâncias ensejam a necessidade de um paradigma de justiça e que tarefas a teoria rawlsiana pretende cumprir. Serão verificados, também, os limites nos quais esta se circunscreve e o objeto a que são dirigidos os resultados de suas ponderações.

Ainda nesse momento, serão examinadas as teses que servem de base à construção teórica de Rawls, a exemplo do conceito de “sociedade bem-ordenada” e da ideia de que os cidadãos são “pessoas livres e iguais”. A análise das deficiências do “utilitarismo clássico”, principal corrente à qual o modelo de justiça rawlsiano se contrapõe, bem como das inovações que este trouxe em relação àquela serão os temas do último tópico.

Na segunda parte, por sua vez, serão discutidos os elementos fundamentais operados por Rawls em sua teoria da justiça: a “posição original”, os “princípios de justiça” e o “consenso sobreposto”. Saliente-se que cada um deles engloba uma série de artifícios teóricos que serão expostos sempre que necessários a uma melhor compreensão do pensamento rawlsiano.

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). Não foram desprezadas, todavia, as interpretações de comentaristas como Catherine Audard, Roberto Gargarella, Thomas Pogge, José Nedel e Nythamar de Oliveira, entre outros.

Por fim, vale ressaltar que não se pretende 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 capítulo (NEDEL, 2000).

3.2 CARACTERÍSTICAS GERAIS DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

3.2.1 O papel e os limites de uma teoria da justiça como equidade

Segundo Rawls, uma das tarefas da filosofia política é a de examinar questões profundamente controversas 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 cidadãos.

O conflito entre pontos de vista é comum em uma sociedade 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” (POGGE, 1989).

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 particular de uma concepção mais ampla (RAWLS, 2002).

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 de forma colaborativa.

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”.

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 sociedade.

No entanto, se é possível sustentar que a ideia de justiça acima descrita está invariavelmente presente em todas as sociedades, 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 sociedade (AUDARD, 2007).

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

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 coibida.

O que Rawls propõe, entretanto, 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 cidadãos (POGGE, 2007).

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 sociais (POGGE, 2007). 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 restrições (POGGE, 1989).

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”⁴.

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*).

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 relações entre os indivíduos devem desenvolver-se ao longo do tempo segundo acordos livres, obtidos de forma equitativa e plenamente respeitados, seria preci-

so explicar quando os acordos são livres e quando são justas as circunstâncias nas quais são feitos.

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 verifiquem.

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 adquirida.

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 equitativas.

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 fundo.

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, levando em conta os meios e oportunidades que podem esperar dispor.

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".

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 justiça¹⁸³. 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 membros.

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 básica, esta e as formas sociais que nela existem são regidas por princípios distintos em razão de seus propósitos diferentes e de sua natureza peculiar.

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 básica (POGGE, 1989). 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 abordadas.

Uma concepção *política* - e não *metafísica* - 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 convicção (NEDEL, 2000).

3.2.2 As ideias basilares da concepção de justiça rawlsiana

A concepção apresentada por Rawls 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 exposto 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 instituições.

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” (POGGE, 1989). 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 exemplo (RAWLS, 2001).

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 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 especifica o que os que cooperam procuram promover do ponto de vista de seu próprio bem (RAWLS, 2001, p.8-9).

Um sistema de cooperação social 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 mesmos (RAWLS, 2001).

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 compreendidos (RAWLS, 2001, p.19).

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 dentro da *moldura* estabelecida pelos princípios de justiça (JESUS, 2011).

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-los (RAWLS, 1996).

A razoabilidade opõe-se, como se percebe, ao egoísmo e implica a ideia de *reciprocidade* (RAWLS, 1996). 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 próprios (NEDEL, 2000).

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 prioridades (RAWLS, 1996). 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-lo (JESUS, 2011).

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 social²⁰³. Ele quer uma sociedade em que o sacrifício pessoal seja vedado (JESUS, 2011).

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 contrária (RAWLS, 1996).

As ideias diferem, ainda, pelo caráter público do *razoável*. É pela razoabilidade, segundo Rawls, que se ingressa como igual no mundo público dos outros, dispendo-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 sociais (RAWLS, 1996).

Inspirado em Kant, Rawls reforça, todavia, que as ideias se complementam (RAWLS, 1996):

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 outros (RAWLS, 1996, p.26).

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 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 acordo (RAWLS, 2001).

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 concepções (RAWLS, 2001).

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 justiça (RAWLS, 2001).

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. Num 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 julgadas (RAWLS, 1996, p.79).

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 auto-suficiente 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 morte (RAWLS, 1996).

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 vida (RAWLS, 1996).

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 pública (RAWLS, 1996).

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 fins (RAWLS, 1996).

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 socieda-

de 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 justiça (RAWLS, 1996).

CONCLUSÃO

A efetivação dos direitos humanos deve ser encarada como um processo histórico, cujo desenvolvimento remonta à antiguidade 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*.

No entanto, 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. Ocorre que, os abusos aos direitos humanos, que têm marcado o panorama mundial, demonstram que tais medidas políticas não são suficientes para viabilizar a concretização deles.

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. Ambos os desafios exigem, para sua superação, que se forme uma consciência generalizada acerca da necessidade de se efetivarem os direitos humanos;

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, baseando-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*.

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 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.

Os *princípios de justiça* escolhidos nessa situação deverão servir de base para a resolução de todos os conflitos políticos.

Dada a inevitável pluralidade de *doutrinas abrangentes*, isto é, de visões que *abrangem* 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: *a sobreposição do consenso*.

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. 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. O sexto princípio do Direito dos Povos afirma que estes devem honrar uma exígua lista de *direitos humanos*.

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*.

No que tange 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*.

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.

REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2010 da Anistia Internacional**: o estado dos direitos humanos no mundo. Londres, 25 fev. 2011. Disponível em: <<http://thereport.amnesty.org/pt-br/facts-and-figures>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

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: 05 nov. 2013.

AUDARD, Catherine. **John Rawls**. Trowbrigde: Cromwell, 2007.

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.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução Carlos Nelson Coutinho; Nova ed. Rio de Janeiro, 1992.

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

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.

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

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.

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.

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

FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. Tradução de Carol Proner. **Seqüência**, Florianópolis, v. 23, n. 44, jul. 2002.

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, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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.

HOBBSBAWN, 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.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo, Atlas, 2009.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

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.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

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: 05 nov. 2013.

OLIVEIRA, Nythamar de. **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.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La fundamentación de los derechos humanos. **Revista de Estudios Políticos**, Logroño, n. 35, p. 7-72, set./out. 1983.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4^a . ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

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.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios de direito político. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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.

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.

UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. **International Covenant on Civil and Political Rights**. New York, 6 jul. 2011. Disponível em: <<http://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV4.en.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

VAN PARIJS, Philippe. **O que é uma sociedade justa?** Introdução à prática da filosofia política. Tradução de Cintia Ávila Carvalho. São Paulo: Ática, 1997.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. São Paulo: Malheiros, 1998.