

É POSSÍVEL ANALISAR AS INSTITUIÇÕES BRASILEIRAS À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS?¹

IS IT POSSIBLE TO ANALYZE THE BRAZILIANS INSTITUTIONS THROUGH THE RAWLS THEORY OF JUSTICE?

Rafael Germano da SILVA²

ISSUE DOI: 10.21207/2675-0104.2020.1116

RESUMO

John Rawls, visando à construção de uma sociedade justa, elabora sua obra “Uma Teoria da Justiça”, que tem como indagação principal: a quais princípios devem se sujeitar as nossas principais instituições sociais, isto é, as instituições que asseguram os direitos básicos dos cidadãos e definem as regras fundamentais para a atividade produtiva e para a repartição dos benefícios e ganhos desta atividade? Assim, a presente pesquisa acompanha o decorrer lógico da formação da sociedade proposta pelo autor, percorrendo as etapas da posição inicial e do véu da ignorância, dos princípios da justiça, e a formação da justiça como equidade. Conjuntamente a este desenvolvimento da teoria, é posta a formação do Estado Constitucional Brasileiro, através da Assembleia Constituinte e Poder Originário, a Estrutura Hierárquica da CF/88. Logo, é neste sentido que cogitação da pesquisa de, ser ou não possível utilizar a Teoria da Justiça para analisar a instituições Brasileiras, busca demonstrar seus resultados, constatando se a maneira como a Teoria Constitucional Brasileira se consagrou é justa a partir dos pressupostos teóricos propostos pela Teoria da Justiça de Rawls.

Palavras-chave: Teoria da Justiça. John Rawls. Filosofia do Direito. Direito Constitucional.

ABSTRACT

John Rawls, aiming to build a fair society, creates his book “A Theory of Justice” that has as main subject: which principles our most important institutions must follow? Those institutions that make

¹ O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2019-2020) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Discente da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP. Bolsista do Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) 2019-2020.

sure that citizen's basics rights are assured, define the fundamental rules to productive activities and the sharing of benefits and earnings of this activity. Therefore, this paper follows a logical line of how the author proposes the society to be built, going through the initial position and the ignorance veil, the principles of justice and the justice as fairness. Jointly to this theory's development, it is built the Brazilian Constitutional State, through the constituent Assembly, the Original Power and the hierarchy established in the Federal Constitution. So, it is in this line of thoughts that the research tries to answer if it is possible or not to use the "Theory of Justice" to analyze the Brazilians institutions, confirming if the manner how the Brazilian Constitutional Theory was established is fair from the theoretical presupposition proposed by the Rawls' Theory of Justice.

Key-words: *Philosophy of Law. Constitutional law. Theory of Justice. John Rawls.*

1. INTRODUÇÃO

A busca e compreensão da justiça estão presentes tanto à gênese da humanidade, como ao âmago dos seres humanos. Nesse liame, o decorrer da história concebeu uma pluralidade de literaturas sobre tal tema, lapidando estes a níveis extraordinários de inteligibilidade e aplicabilidade, alcançando às modernas teorias sociais hoje contempladas.

Dito isso, como estabelecer caminhos, métodos e parâmetros para se chegar, socialmente, a uma justiça genuína? E ademais, “que necessidade há de irmos para além do nosso senso de justiça e injustiça? Por que a necessidade de possuímos uma teoria da justiça?”³ Com anseios de entender os conceitos de justiça na sociedade contemporânea, a atual pesquisa indaga: É possível analisar por meio de uma teoria a justiça na realidade Brasileira? Se sim, com qual escopo? Desta forma, juntando os pressupostos percorridos, chega-se ao pretensioso questionamento final da presente investigação: É possível realizar uma análise das instituições brasileiras a luz da Teoria da Justiça de Rawls?

A eleição para análise da pesquisa da obra “Uma Teoria da Justiça” de John Rawls, com enfoque em suas Instituições, foi forjada em razão da disposição originária que a aludida apresenta, consagrando-se através de um sistema normativo, nos contornos do neocontratualismo social, visando à conceptualização e ordenação do conceito de justiça como um todo, através de situações, princípios e paradigmas, arranjo este que possibilita a comparação desta em face da estrutura que calça o complexo organizacional Brasileiro, a sua respectiva Teoria Constitucional.

³ SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.10. A presente citação é posta propositalmente através da obra de um estudioso da área da Teoria da Justiça que discorda de Rawls, mas que reconhece a importância e a relevância deste para o tema.

Fita-se com a presente pesquisa desvelar a constituição do Estado Democrático Brasileiro sob a ótica da Teoria da Justiça de Rawls. Este prisma de interpretação será eleito para que com o domínio da Teoria da Justiça, possa se estabelecer, de maneira sistemática e acadêmica, parâmetros e critérios que possibilitem ou não uma observação analítica das instituições brasileiras frente à Teoria da Justiça de Rawls.

A investigação proposta é possível e relevante, pois, mais do que apenas definir um conceito de justiça, Rawls propõe um modelo social no qual a justiça como fim está intrinsecamente ligada a moral, política e sistema econômico de determinada sociedade, possibilitando que o quebra cabeça da justiça só se complete com a junção das elencadas peças.

Ressalta-se que a indagação percorrida não se restringe a uma mera forma de apreciação do conceito de justiça no sistema jurídico vigente, mas também se revela como uma nova experiência deste, de feito que as interlocuções propostas ecoem a realidade cognitiva e prática das instituições brasileiras, constatando assim a possibilidade de investigação das referidas pela ótica de uma Teoria da Justiça.

Mas, como será feito isso? A exploração proposta tem como elo a comparação dos “Institutos” apresentados na obra Uma Teoria da Justiça, frente à origem, desenvolvimento e realidade do ordenamento jurídico brasileiro, buscando harmonização das telas apresentadas, as quais apresentarão, quando exibidas conjuntamente, uma ressignificação de seus conceitos.

O presente artigo esta estruturado em três partes, a saber. A primeira apresentará os pressupostos gerias da Teoria da Justiça de Rawls e o papel das Instituições. Já na segunda, é percorrida a situação da posição original, onde os indivíduos encontram-se sob o Véu da Ignorância, conjuntamente a impetração da Assembleia e Poder Constituinte Originário da Constituição Federal de 1988. E por fim, na terceira, expõe-se a concepção da Justiça como Equidade, demonstrando como são construídos, no âmbito do sistema democrático de John Rawls, os princípios políticos de justiça formadores de uma comunidade, situação esta que será colacionada a hierarquização da sistemática jurídica constitucional brasileira, com destaque a disposição das cláusulas pétreas.

Os métodos utilizados na pesquisa serão o exploratório, descritivo e o explicativo, uma vez que a pesquisa têm investiga a possibilidade de se analisar as Instituições Brasileiras a luz da Teoria da Justiça de Rawls, da mesma maneira que descreve, comparativamente, a locução entre à forma que o atual modelo Democrático Brasileiro

concebeu-se e a estruturação da aludida Teoria, explicando tais fatos e fenômenos.

A apresentação dos resultados será qualitativa, concluindo a viabilidade da indagação cortejada, descrevendo a complexidade de analisar a constituição da Teoria da Justiça de Rawls em face da concepção do atual modelo Constitucional Brasileiro.

2. OS PRESSUPOSTOS DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS E AS INSTITUIÇÕES

2.1 OS PRESSUPOSTOS DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS

A da Teoria da Justiça de Rawls desenvolve-se por meio de complexos arranjos sociais, e para compreendê-la, faz-se indispensável abordar e dominar seus pressupostos. O autor esclarece que sua Teoria trata sobre tema específico, o da justiça social. Para ele, o objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade, mais precisamente, no tocante de como são distribuídos os direitos e deveres fundamentais e de que modo são determinadas as vantagens decorrentes da cooperação social.⁴

Para a aplicação da Teoria da Justiça, é necessário estabelecer a conjectura de uma sociedade bem ordenada, que para além de ser planejada para promover o bem de seus membros, deve também ser regulamentada por uma concepção pública de justiça. Uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça; e (2) as instituições sociais fundamentais geralmente atendem, e em geral se sabe que atendem, a esses princípios⁵. Enfatiza-se, portanto, o “dever saber” das obrigações oriundas da estrutura básica da sociedade, a qual seria resultado de um pacto inicial⁶.

Propõe o autor que os cidadãos idealizados desta sociedade devem saber tais obrigações para exercer entre si, mutua e reciprocamente a função de vigilante dos encargos sociais estruturais, papel primordial para se apurar a justiça, aperfeiçoando a lógica de que:

⁴ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 8.

⁵ *Ibid.*, p. 5.

⁶ Tal pacto se refere à posição original, objeto de análise da terceira parte da presente pesquisa.

Ao afirmar que a instituição, e, portanto, a estrutura básica da sociedade, é um sistema público de normas, quero dizer que todos nela envolvidos sabem o que saberiam se tais normas e sua participação nas atividades que essas normas definem fossem resultantes de um acordo. A pessoa que participa de uma instituição sabe o que as normas exigem dela e das outras. Também sabem que as outras pessoas sabem disso e sabem que ela sabe disso, e assim por diante.⁷

Ao avaliar-se o conceito de “dever saber” apresentado, frente à realidade contemporânea brasileira apresentada em estudos como o “Perigos da percepção”, do Instituto Ipsos Mori, que leva em consideração temas como economia, saúde social, terrorismo, religião, dentre outros, vislumbra-se que o Brasil foi em 2017⁸ o segundo país no mundo com menos noção da própria realidade, e em 2018⁹, o quinto.

Os indicadores de tal pesquisa não usam de base indicativa temas jurídicos-políticos, mas refletem em geral a percepção do povo brasileiro quanto a sua realidade, de modo que servem para demonstrar o seu “não saber” quanto aos mais diversos assuntos, deixando ressalvada desde já tal situação para a apuração da Teoria nas Instituições Brasileiras. John Rawls enfatiza que “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento”¹⁰. Nessa esteira, ele conclui:

Portanto numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais. A única coisa que nos permite aceitar uma teoria errônea é a falta de uma teoria melhor; de forma análoga, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Sendo virtude primeira das atividades humanas, a verdade e a justiça são indisponíveis.¹¹

Perfaz-se como ponto chave de toda análise a ser realizada na presente pesquisa as suposições de que, para Rawls, o objeto da justiça é a estrutura básica da sociedade e que as pessoas conhecem e aceitam os mesmos princípios da justiça, os quais também são, em geral, atendidos pelas instituições desta sociedade e que somente tem que se aceitar uma injustiça quando esta evitar uma injustiça maior ainda. Uma característica

⁷ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 66.

⁸IPSOS. Perigos da percepção 2017. *Ipsos*, 2017. Disponível em: <https://www.ipsos.com/pt-br/perigos-da-percepcao-2017>. Acesso em: 23 nov. 2019.

⁹IPSOS. Perigos da percepção 2018. *Ipsos*, 2019. Disponível em: <https://www.ipsos.com/pt-br/perigos-da-percepcao-2018>. Acesso em: 23 nov. 2019.

¹⁰ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 11.

¹¹ *Ibid.*, p. 15.

capital a levantar-se no presente momento é a de que a Teoria da Justiça roupa-se de caráter intrinsecamente teórico, isso muito em razão do modo como ela é constituída a partir da posição original.

Contudo, não é opção contentar-se com o atributo estrito teórico da Teoria da Justiça, almejando que as indagações aqui postas ecoem para uma realidade prática, podendo criar bases de transformação do ambiente social, e assim viabilizando a análise das instituições brasileiras, e conseqüentemente a da justiça no locus social Brasileiro. Entende também Paulo Freire acerca da necessidade e ânsia de transcender o caráter essencialmente hipotético de uma teoria, quando diz que: “A teoria sem a prática vira ‘verbalismo’, assim como a prática sem teoria, vira ativismo. No entanto, quando se une a prática com a teoria tem-se a práxis, a ação criadora e modificadora da realidade.”¹²

Assim, com uma abordagem crítica à Rawls, entende-se que é preciso empreender esforços para que uma teoria rompa barreiras ficcionais, erudição esta transfigurada na questão de ser ou não possível analisar as Instituições Brasileiras à luz da Teoria da Justiça.

2.2 AS INSTITUIÇÕES

Necessário é delimitar qual o objeto da pesquisa, e o porquê de ele o ser. A referida tem intenção de verificar a possibilidade de examinação das intuições brasileiras por meio da Teoria da Justiça. Logo, deve-se definir o conceito de instituições, que segundo John Rawls:

Por instituições, entendo um sistema público de normas que define cargos e funções com seus direitos e deveres, poderes e imunidades etc. Essas normas especificam que certas formas de ação são permissíveis e outras proibidas; e estipulam certas penalidades e defesas, e assim por diante quando ocorrem transgressões. Como exemplo de instituições podemos citar jogos e ritos, julgamentos e parlamentos, mercados e sistemas de propriedades.¹³

Observa-se que, segundo o entendimento posto, existe uma circunstância na qual as instituições existem, e essa é: “A instituição existe em determinado momento e local quando os atos especificados por ela são

¹² FREIRE, Paulo. Educação como prática da liberdade. São Paulo: Paz e Terra, 1989, p. 67.

¹³ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 66.

regularmente realizados segundo um entendimento público de que se deve obedecer ao sistema de normas que a define.”¹⁴ Conclui o autor:

Assim, as instituições parlamentares são definidas por determinadas sistema de normas (ou por uma família de tais sistemas, para permitir variações). Essas normas enumeram certas formas de ação que vão da realização de sessões do parlamento, passando pela votação de projetos de lei, ao levantamento de questões de ordem. Organizam-se vários tipos de normas gerias em um sistema coerente.¹⁵

Ademais, mui propício também é, visando legitimar a plausibilidade da questão que a pesquisa busca responder, versar sobre qual modelo social a Teoria da Justiça é passível de aplicar-se. Deve-se então compreender que a Teoria da Justiça rompeu as correntes majoritárias de sua época acerca dos debates sobre a justiça. Daí que, logicamente, o autor recebeu críticas de diversos pensadores.

Dentre estes está H. L. A. Hart, que por meio de seus juízos levou John Rawls a propor uma resposta capaz de atribuir maior estabilidade a sua construção teórica da Teoria da Justiça, elencando critérios para a decisão de quais liberdades básicas tem maior importância nas etapas em que se questiona “constitucional, legislativa e judiciária” e apresentando a dinâmica destes estágios, o que permite afirmar que se encontra implícita em sua teoria, um viés da Teoria Constitucional. Acredita-se que as reformulações de Rawls a partir das críticas de Hart redimensionam a Teoria da Justiça, de forma a mantê-la agora como uma concepção política de justiça, entendendo que a aludida se pretende a um Estado Constitucional Democrático¹⁶. Em outras palavras, diz Eduardo C. B. Bittar que:

[...] o que há de substancial na mudança de postura de Rawls é a sua reavaliação de abrangência da teoria da justiça como equidade: esta deixa de ter a ambição de ser uma teoria da justiça universal, para resumir-se a uma teoria da justiça democrática. Assim, as restrições que lhe trouxeram os críticos foi o que proporcionou a Rawls a mudança não tão substancial de seu sistema de ideias. Se isto representou ou não um avanço para Rawls é o que se discute,

¹⁴ Ibid., p. 66.

¹⁵ Ibid., p. 66.

¹⁶ ARANTES, Bruno Camilloto; KAUT, Vanessa Nunes. O impasse liberal-positivista sobre as liberdades básicas. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF. Belo Horizonte, ano 2, n. 2. jan./dez. 2012, p. 127-139.

mas o que se deve dizer é que a alteração veio de encontro a uma necessidade de seu espectro de enfoque: a democracia.¹⁷

Em suma, como afirma Paul Ricoeur, “a teoria rawlsiana da justiça não se modificou substancialmente, mas apenas a sua aplicação a um tipo de sociedade concreta.”¹⁸ E nesta mesma construção lógica, Amandino Teixeira Nunes Junior¹⁹ indaga: “Mas que tipo de sociedade concreta?” E logo em seguida, responde seu questionamento: “Muito provavelmente, a social-democrata.” Isso porque, segundo ele:

Com efeito, a teoria da justiça de Rawls busca integrar as liberdades civis e políticas com os direitos econômicos, sociais e culturais. Transforma-se em modelo para os governos social-democratas que se instalaram no mundo ocidental. Entre o liberalismo extremo e o socialismo ortodoxo, Rawls propõe uma alternativa intermediária, a que denomina “justiça como equidade” (justice as fairness). Daí por que Rawls não desenvolve uma teoria da democracia, estritamente falando de sua obra “Uma teoria da justiça”. No entanto, desenvolve um amplo espectro de reflexões fundado na “equidade” (fairness) para orientar a ação política e a escolha em sociedades democráticas e que envolve, implicitamente, uma concepção alternativa de democracia.²⁰

Assim, tem-se em ponto que a Teoria da Justiça de John Rawls é aplicável a uma determinada teoria social, fato que o próprio autor em sua obra quando admite que “As principais instituições dessa estrutura são as da democracia constitucional”²¹. Apesar de que o citado relute em dizer que este é o único modelo possível para sua teoria: “Não afirmo que esses sejam os únicos arranjos justos”²².

Saber que a Teoria da Justiça pode ser aplicada a uma Democracia Constitucional não garante que seja aplicável à democracia constitucional brasileira. E essa afirmação, *lato sensu*, justamente é a que a presente pesquisa busca responder. Deve-se considerar que é papel importante ilustrar possíveis representantes das instituições no ordenamento jurídico brasileiro.

Ilustrar, e não determinar, já que como dito, John Rawls propõe em sua Teoria da Justiça um modelo teórico, não levando como base uma

¹⁷ BITTAR, Eduardo C. B. Teorias sobre a justiça: apontamentos para a história da filosofia de direito. São Paulo: J. Oliveira, 2000, p. 226.

¹⁸ RICOEUR, Paul. *Le juste*. Paris: Eprit, 1995.

¹⁹ NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A Teoria Rawlsiana da Justiça. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 42, n. 168, out./dez. 2005, p. 8.

²⁰ *Ibid.*, p. 8.

²¹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 239.

²² RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 239.

sociedade real, tampouco a sociedade Brasileira. Apesar disto, utilizando um desenvolvimento lógico, que tem por critérios as citações que definem as instituições supra mencionadas, conclui-se que possíveis representantes de instituições na realidade brasileiras, são o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal.

Isso pois, em sintonia aos critérios das citações expostos, as supracitadas instituições brasileiras: (i) são definidas por um sistema público de normas, a Constituição Federal de 1988, a qual define os cargos e funções, com seus direitos e deveres, poderes e imunidades; (ii) essas normas, citadas no primeiro ponto, enumeram as formas de ação das Instituições Brasileiras; (iii) essas instituições existem em determinado momento e local, já que as ações especificadas por elas são regularmente concretizadas segundo um entendimento público de que se deve obedecer ao sistema de normas que a define.²³

Logo, tais Instituições Brasileiras compreendem os critérios estabelecidos por John Rawls, que faz surgir pertinente esclarecimento a ser realizado, o qual perfaz-se na escolha do escopo da pesquisa ser as explanadas Instituições. Segundo o autor: “Não devemos confundir os princípios de justiça para instituições com os princípios que se aplicam a indivíduos e seus atos em determinadas circunstâncias”²⁴.

Portanto, este afunilamento é imprescindível para se realizar uma investigação concreta de possibilidade da aplicação da Teoria da Justiça frente à realidade Brasileira, restringindo a citada somente às instituições, pois como dito, os indivíduos da sociedade são analisados por Rawls por outra ótica e princípios, os quais não são pertinentes a presente pesquisa.

3. A POSIÇÃO ORIGINAL, O VÉU DA IGNORÂNCIA, A ASSEMBLEIA CONSTITUINTE E O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

3.1 A POSIÇÃO ORIGINAL E O VÉU DA IGNORÂNCIA

²³ As instituições mencionadas estão consagradas no texto constitucional, nos artigos 44 e 92 da CF/88.

²⁴ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 66.

John Rawls segue o modelo neocontratualista, dando a gênese da estruturação de sua Teoria da Justiça através da concepção da posição original, posta da seguinte forma:

Descreve-se uma situação na qual indivíduos racionais com certos objetivos, e relacionados de certas maneiras entre si, devem escolher dentre vários cursos de ação possíveis, em vista de seus conhecimentos das circunstâncias. Infe-re-se no que esses indivíduos farão por meio de um raciocínio estritamente dedutivo, partindo-se dessas suposições sobre suas convicções e seus interesses, e sobre sua situação e opções que lhes estão disponíveis.²⁵

A visão estruturadora da Teoria da Justiça abrange todos os campos de uma determinada sociedade, sendo por si, começo, meio e fim desta. Neste alude, a Teoria da Justiça busca uma maneira de abarcar as mais diversas instituições possíveis, visando a justiça, consenso e estabilidade das mais diversas doutrinas, culturas e posicionamentos.

Esta cortejada visão de um todo, foi propriamente possível por meio da posição original, a qual propõe que, através da junção de determinados indivíduos, seja estabelecido um pacto inicial, que de maneira justa definiria os termos e diretrizes aplicadas à determinada sociedade. Bittar tece o seguinte comentário sobre essa circunstância:

Não se trata de um acordo histórico, e sim hipotético. Esse acordo vem marcado pela ideia de uma igualdade original para optar por direito e deveres; é essa igualdade o pilar de toda teoria. Mais que isso, a ideia de recorrer ao contrato social, e de estudar os sujeitos pactuantes na origem da sociedade numa posição original, não tem outro fito senão o de demonstrar a necessidade de se visualizarem as partes num momento de igualdade inicial. Eis aí a equidade (fairness) de sua teoria.²⁶

O ponto cardeal é demonstrar como esta situação de igualdade original produz normas e princípios justos, pois os integrantes da posição original são frutos de diversas vivências, culturas e experiências, radicados em oportunidades sociais superlativamente dispare, o que culminaria inevitavelmente em um desacordo de diretrizes a serem seguidas.

John Rawls esboça isso evidenciando que, para a produção das referidas diretrizes justa da sociedade, é necessária uma circunstância que assegure igual condição de representatividade entre os indivíduos,

²⁵ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 144-145.

²⁶ BITTAR, Eduardo C. B. *Teorias sobre a justiça: apontamentos para a história da filosofia de direito*. São Paulo: J. Oliveira, 2000, p. 378.

considerando ainda aquilo que estes almejam, com base nas opções disponíveis, já que, diz ele: “Para tanto, é preciso demonstrar que, dadas as circunstâncias das partes, e seus conhecimentos, suas convicções e seus interesses, um acordo fundamentado [...] é a maneira de cada pessoa garantir seus objetivos, à luz das opções disponíveis.”²⁷

Assim, surge o Véu da Ignorância. Essa situação leva com os indivíduos que desconheçam as consequências para cada qual alternativa e posições por elas tomadas, sendo obrigadas a avaliar os princípios existentes apenas com ponderações gerais. Segundo John Rawls:

Presume-se, então, que as partes não conhecem certas particularidades. Em primeiro lugar, ninguém sabe qual é seu lugar na sociedade, classe nem status social; além disso, ninguém conhece a própria sorte na distribuição dos dotes e das capacidades naturais, sua inteligência e força e assim por diante. Ninguém conhece também a própria concepção do bem, as particularidades de seu projeto racional de vida, nem mesmo as características especiais de sua psicologia, como sua aversão ao risco ou a sua tendência ao otimismo e pessimismo. Além, considero que as pessoas não conheçam as circunstâncias de sua própria sociedade. Isto é, não conhecem a posição econômica ou política, nem o nível de civilização e cultura que essa sociedade conseguiu alcançar.²⁸

Explanada a posição original, a qual delimita e orienta toda a teoria da justiça, sendo, portanto, o cerne da aludida, é chegada à proposição de que, se a atual pesquisa procura analisar as instituições brasileiras à luz da Teoria da Justiça, é necessário apontar um movimento/instituto no sistema jurídico-político brasileiro que seja correspondente à posição original.

3.2 A ASSEMBLEIA CONSTITUINTE E O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Dada a abordagem lograda pela presente pesquisa, sugere-se a analogia da posição original de John Rawls frente ao último movimento instaurado de poder e assembleia constituinte Brasileiro, que resultou na Constituição Federal de 1988. Entretanto, cabe fazer uma antecipação lógica do produto resultado da posição original, os princípios da justiça.

²⁷ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 144.

²⁸ *Ibid.*, p. 166.

Em virtude da abordagem lógica e teórica adotada pela presente pesquisa, deve-se ter em mente, que esses princípios estabelecem o prelúdio da ordem jurídica constituída pela Teoria da Justiça, e apesar de se situarem aprioristicamente a uma Constituição posta, eles inevitavelmente culminaram na concepção desta.

Nessa cadência, a comparação faz-se válida, pois a instauração de uma Constituição requer uma assembleia constituinte, derivada do poder constituinte originário. Os critérios que legitimam esse cotejo têm relação com as características da posição original, quais sejam: proveniência de Poder Constituinte Originária, através de uma Assembleia Constituinte; concepção Dogmática e atual vigência; é sua alterabilidade rígida.

Analisando tais critérios, nota-se que, a posição original e da Assembleia Constituinte gozam das mesmas características elementares, sendo estas a sua concepção e origem por meio do povo e sua finalidade de disciplinar as diretrizes que regenciais de determinada sociedade, tornando-se o mais alto escalão de normas a serem seguidas. A priori, constata-se que Assembleia Constituinte e o Pacto Inicial, são decorrentes do poder do povo, tendo estes sua definitiva titularidade. O ordenamento jurídico Brasileiro endossa tal entendimento, estampando na Carta Magna, em seu artigo primeiro, que todo poder emana do povo²⁹.

O Poder Constituinte, à semelhança da Posição Original, reúne pessoas que determinam as normas que regem determinada sociedade. O define J. J. Gomes Canotilho:

[...] perante a multiplicidade de conceitos e definições, veremos que, no fundo, o poder constituinte se revela sempre como uma questão de “poder”, de “força” ou de “autoridade” política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política.³⁰

Ele se manifesta através de uma Assembleia Constituinte, que segundo Noberto Bobbio é: “Um órgão colegial, representativo, extraordinário e temporário, que é investido da função de elaborar a Constituição do Estado, de pôr – em outros termos – as regras fundamentais

²⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jan. 2019.

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 65.

do ordenamento jurídico estatal.”³¹ Esta assembleia deriva do poder constituinte originário, que segundo Gilmar Ferreira Mendes é uma “força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política”³². Ainda valida o mencionado que a CF/88 foi resultado deste anunciado poder:

[...] houve eleições antes da instauração da Assembleia Nacional, e o povo sabia que estava elegendo representantes que também tinham por missão erigir uma nova ordem constitucional para o País. Houve, portanto, na elaboração da Constituição de 1988, a intervenção do Poder Constituinte Originário. Instaurou-se um novo regime político, superando o anterior. Adotou-se uma nova ideia de Direito e um novo fundamento de validade da ordem jurídica.³³

A sobreposição da Posição Original pelo Véu da Ignorância é o insight de John Rawls para que seja possível conceber socialmente e livre de vícios da praxe o conceito de justiça. Essa circunstância não faz óbice à comparação proposta na presente pesquisa, já que à aludida almeja justamente avaliar a possibilidade ou não da comparação, com todas suas restrições.

Assevera-se que a concepção da CF/88 deu-se de forma Dogmática. Conforme J. H. Meirelles Teixeira, as elaborações Dogmáticas: “partem de teorias preconcebidas, de planos e sistemas prévios, de ideologias bem declaradas, de dogmas políticos. São elaborados de um só jato, reflexivamente, racionalmente, por uma Assembleia Constituinte.”³⁴ Acrescenta Gilmar Ferreira Mendes que: “chamam-se dogmáticas ou ortodoxas as constituições intencionalmente elaboradas à luz de determinados credos, princípios ou dogmas.”³⁵

Afirma Peter Häberle que:

[...] a Constituição não é apenas um conjunto de textos jurídicos ou mero compêndio de regras normativas, mas também a expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um veículo de auto

³¹ BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Editora UNB, 1983, p. 61.

³² MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 197.

³³ *Ibid.*, p. 201.

³⁴ TEIXEIRA, J.H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 105-106.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16.

representação própria de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos.³⁶

Assim, denota-se que é consequência direta da elaboração dogmática da Constituição Federal Brasileira que um de seus fundamentos seja o pluralismo político.

4. A JUSTIÇA COMO EQUIDADE, OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA E A HIERARQUIZAÇÃO DA SISTEMÁTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.

4.1 A JUSTIÇA COMO EQUIDADE E OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA

A justiça como equidade é a forma de encarar os princípios da justiça concebidos pela posição original, os quais segundo John Rawls³⁷ foram eleitos por pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, em uma situação inicial de igualdade, sendo estes definidores das condições fundamentais de sua associação.

Esses princípios regem todos os acordos subsequentes; as formas de cooperação social, e os possíveis estados de direito, afirmando John Rawls que, “esses princípios, então, regem a escolha de uma constituição política e os elementos principais do sistema econômico e social.”³⁸ Escolhida uma concepção de justiça, pode-se supor que as pessoas integrantes da posição original devem escolher uma constituição e uma legislatura para promulgar leis, e assim por diante, tudo em consonância com os princípios da justiça inicialmente acordados³⁹.

Aqui, evidencia-se a alegação outrora feita⁴⁰, que a partir do discorrimento lógico dos passos exibidos, a concepção de justiça eleita resultaria na elaboração de uma constituição, visto a realidade social e anseios políticos inseridos no contexto antecedente promulgação da Cf/88, concatenando a analogia feita entre a posição original e o poder

³⁶ HÄBERLE, Peter. Teoria de la Constitución como ciência de la cultura. Madrid: Tecnos, 2000, p. 34.

³⁷ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 14.

³⁸ *Ibid.*, p. 9.

³⁹ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁰ Afirmação realizada na p. 12 do presente artigo.

constituente. Segundo Rawls, as pessoas integrantes da posição original escolhem estes princípios da justiça:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefícios de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis para todos.⁴¹

A ordem sequencial dos supracitados se da, pois segundo John Rawls:

Esses princípios devem ser dispostos em uma ordem serial, o primeiro sendo prioritário do segundo. Essa ordenação significa que as violações das iguais liberdades fundamentais protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens sociais e econômicas. Essas liberdades têm um âmbito principal de aplicação, dentro do qual só é possível limitá-las ou comprometê-las quando entram em conflito com outras liberdades fundamentais. Já que podem ser limitadas quando se chocam umas com as outras, nenhuma dessas liberdades é absoluta.⁴²

A vedação de transposição do segundo princípio ao primeiro impede situações nas quais os indivíduos estejam dispostos a abrir mão de certos direitos políticos quando a compensação econômica for significativa. Sua disposição em uma ordem serial exclui intercâmbios entre liberdades fundamentais e ganhos econômicos sociais⁴³, demonstrando a preocupação de John Rawls com certos direitos.

4.2 A HIERARQUIAÇÃO DA SISTEMÁTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Até o momento engendrou-se que a presente pesquisa tem intenção de responder se é possível analisar as Instituições Brasileiras à Luz da Teoria da Justiça, evidenciando que esta é edificada e destrinchada sobre os princípios da justiça, que se encontram em um momento apriorístico a existência de qualquer ordem posta, e querendo exercer

⁴¹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 73.

⁴² RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 74.

⁴³ *Ibid.*, p. 76.

poderio normativo, culminam inevitavelmente na positivação de seus paradigmas, através da promulgação de uma constituição. Deve-se arrazoar então se na concepção da CF/88 existiram ou não princípios fundamentadores, e se estes gozam de alguma sequência ou hierarquia.

A carta magna Brasileira não goza de “motivos expositivos”, tornando impossível analisar subjetivamente o pensamento dos constituintes para se chegar aos raciocínios por estes utilizados. No entanto, deve-se considerar que a Constituição nada mais é que a formalização de todas as composições normativas desenvolvidas no campo das ideias dos constituintes, constituindo-se como a produção objetiva desses embates intelectuais.

Logo, ao observar o produto objetivo, a CF/88, que foi resultado de procedimentos e desenvolvimentos subjetivos, transfigurados na intelectualidade cognitiva do constituinte originário, pode-se desenvolver a lógica de que, através da investigação objetiva da estrutura e norma constitucional, possa-se revelar hermeneuticamente possíveis critérios e/ou princípios que estruturaram a formulação e concepção da Teoria Constitucional Brasileira.

Denota-se que o critério que evidencia uma norma de hierarquia dentro da CF/88 que corresponde a alguma estrutura e/ou princípio fundamentador está ligado à disposição das cláusulas pétreas⁴⁴. Isso porque, estas são consideradas o núcleo duro do texto constitucional, ou seja, limitações materiais ao poder de reforma da constituição de um Estado. Conforme definição do Conselho Nacional de Justiça Brasileiro:

O termo cláusula pétrea traduz a vontade da Assembleia Constituinte de retirar do poder constituinte reformador – parlamentares que compõem as sucessivas legislaturas – a possibilidade de alterar determinado conteúdo da Constituição em razão de sua importância. Para alterar conteúdo disposto em cláusulas pétreas, é preciso promulgar uma nova Constituição.⁴⁵

No momento da formulação cognitiva dos constituintes iniciais, estes chegaram ao acordo de existirem certos valores e disposições inalienáveis e indisponíveis para formulação e perpetuação de nossa sociedade, valores estes traduzidos em princípios ordenadores, os quais

⁴⁴ As cláusulas pétreas estão dispostas no artigo 60, §4, incisos de I a IV, da CF/88, vedando alterações em assuntos relacionados: a forma federativa de Estado; a forma de voto: direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário; os direitos e garantias individuais.

⁴⁵CNJ. O que são cláusulas pétreas. *CNJ*, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-sao-as-clausulas-petreas/>. Acesso em: 10 jan. 2020.

foram positivados arquitetadamente no texto constitucional, através das cláusulas pétreas. Se não existissem princípios que resguardassem certas deliberações, não haveria também necessidade de disciplinar essa moldura de proteção perpétua e imutável das cláusulas pétreas.

Em consonância ao raciocínio ora desenvolvido, lembra Jorge Miranda que a cláusula pétrea não tem por escopo proteger dispositivos constitucionais, mas os princípios neles modelados⁴⁶. E no mesmo desenvolvimento, afirma Gilmar Ferreira Mendes:

A cláusula pétrea não tem por meta preservar a redação de uma norma constitucional – ostenta, antes, o significado mais profundo de obviar a ruptura com princípios e estruturas essenciais da Constituição. Esses princípios, essas estruturas é que se acham ao abrigo de esvaziamento por ação do poder reformador.⁴⁷

A proteção concebida pelas cláusulas pétreas não se aloca incipientemente no texto da norma que protege, transcendendo a exposições congêneres a este. José Afonso da Silva expõe seu caráter de preservação principiológica ao afirmar que o texto destas normas:

[...] não proíbe apenas emendas que expressamente declarem que “fica abolida a Federação”, ou “fica proclamada a Monarquia”; “fica abolido o voto direto”; “passa vigorar a concentração dos poderes” [...]. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa ou de comunicação, ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe, ainda que remotamente, “tenda” (emendas tendentes – diz o texto) para a sua abolição.⁴⁸

Essa disposição serial das normas contém caráter hierárquico, em razão da valorização dos conteúdos imutáveis. Esta constatação torna possível a tarefa de se comparar analogicamente a hierarquização das normas constitucionais brasileiras com a forma que a Teoria da Justiça de Rawls estabeleceu seus princípios, ambas com feitio sequencial, fato que

⁴⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., t.2, 1988, p. 155.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 219

⁴⁸ SILVA José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 442.

fundamenta a busca revelatória de princípios na Constituição Federal Brasileira.⁴⁹

O professor Bruno Camilloto, no tocante a repensar a teoria constitucional a luz da Teoria da Justiça de John Rawls, entende que:

O texto constitucional brasileiro de 1988 traz como princípios fundamentais a estruturação do Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito. O pensamento de Rawls não pode ser considerado como utópico, ou seja, seus argumentos nos convidam a pensar sobre a realidade social e, mais especificamente, sobre a realidade jurídica. Nesse contexto é que a teoria da justiça de Rawls pode ser conectada com a teoria da constituição, isto é, pode ser fundamento de uma teoria da constituição que vise, no caso brasileiro, à implementação dos direitos fundamentais como forma de realização dos princípios estruturantes escolhidos pelo Poder Constituinte Originário.⁵⁰

Apesar de ser incerto e impossível afirmar que os legisladores constituintes pautaram-se na Teoria da Justiça para modelar e estruturar nossa carta magna, constata-se que ao analisar em conjunto o caráter estrutural e principiopológico das aludidas, é desvelada grande similaridade entre suas concepções basilares e consumações morfológicas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático Brasileiro sedimentou-se através da promulgação da Constituição Federal de 1988, estabelecendo um modelo constitucional pautado no respeito às instituições, com zelo especial a perpetuação de sua forma de governo, prezando as garantias e direitos fundamentais dos indivíduos integrantes desta pátria, com fito de assim produzir uma sociedade justa e igualitária.

Todas essas características não estão somente resguardadas na letra da lei da carta magna, mas também no espírito desta. Assim, concluir-se-á teoricamente que é possível analisar as instituições brasileiras à luz da Teoria da Justiça de John Rawls. Isso por que, foi demonstrado, primeiramente, que a mencionada em sua versão final amoldou-se de forma

⁴⁹ A monografia em inteiro teor realiza ainda uma análise pormenorizada dos conteúdos das cláusulas pétreas em face das normas constitucionais, versando sobre as cláusulas pétreas, os objetivos Constitucionais, a igualdade legal e as ações afirmativas.

⁵⁰ ARANTES, Bruno Camilloto. Democracia, direito e política: uma análise da teoria da justiça de John Rawls. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./dez. 2011, p. 269-278.

a representar os princípios e paradigmas que regeriam um modelo democrático constitucional, como é o caso do Brasil. Em segunda mão, pois a forma como se concebeu a estrutura dessa sociedade idealizada por John Rawls muito se assemelha a forma como o estado constitucional brasileiro foi contemplado.

Deve-se arrazoar que o véu da ignorância é uma situação hipotética, com fito de criar regras justas e desmaculadas de interesses individuais na constituição dos princípios da justiça. Em contraponto, a Assembleia Constituinte, munida do Poder Constituinte Originário, não foi isenta de valores pessoais aos que dela participaram. Mas, ao avaliar os frutos da assembleia que concebeu a CF/88, vislumbra-se que estes são equiparáveis à intenção do véu da ignorância, pois é factível que o texto constitucional consolidou-se indubitavelmente em prol de uma sociedade justa e com oportunidades e mecanismos equitativos.

A comparação posta entre a estrutura hierárquica constitucional por um viés das cláusulas pétreas frente aos princípios da justiça de John Rawls corrobora para essa conclusão. Como discorrido, é possível afirmar que as cláusulas pétreas em face às demais normas constitucionais estão dispostas à mesma maneira que o primeiro princípio da justiça sobrepõem-se ao segundo, possuindo ambas a finalidade de resguardar as deliberações máximas de manutenção e perpetuação da sociedade, escolhidas pelos indivíduos em momentos iniciais, transfiguradas através dos princípios essências de cada sociedade.

Superada a parte teórica, pode-se pensar também acerca de uma análise prática dos objetivos pretendidos pela Teoria da Justiça de John Rawls frente aos alcançados contemporaneamente pelas instituições brasileiras. E nessa estruturação demonstra-se que por mais que a disposição e forma da teoria constitucional tenha se concebido de maneira a formular “justiça” na óptica de John Rawls, o que se vislumbra no campo prático real é uma sociedade assentada de desigualdades, ansiosa pela concretização dos direitos fundamentais outrora firmados no seu bojo constitucional.

Em suma, esses relampejos representam a constante e perpétua batalha travada na sociedade brasileira, desde a promulgação da CF/88 até a contemporaneidade, que ao ser interpretada pela Teoria da Justiça de John Rawls, escancaram os compromissos ainda não consolidados de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Bruno Camilloto. Democracia, direito e política: uma análise da teoria da justiça de John Rawls. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 269-278, jan./dez. 2011.

ARANTES, Bruno Camilloto; KAUT, Vanessa Nunes. O impasse liberal-positivista sobre as liberdades básicas. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 127-139, jan./dez. 2012.

BITTAR, Eduardo C. B. Teorias sobre a justiça: apontamentos para a história da filosofia de direito. São Paulo: J. Oliveira, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 11. ed. Brasília: Editora UNB, 1983.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de

1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jan.

2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CNJ. O que são cláusulas pétreas. CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-sao-as-clausulas-petreas/>. Acesso em: 10 jan. 2020.

FREIRE, Paulo. Educação como prática da liberdade. São Paulo: Paz e Terra, 1989.

IPSOS. Perigos da percepção 2017. Ipsos, 2017. Disponível em: <https://www.ipsos.com/pt-br/perigos-da-percepcao-2017>. Acesso em: 23 nov. 2019.

IPSOS. Perigos da percepção 2018. Ipsos, 2019. Disponível em: <https://www.ipsos.com/pt-br/perigos-da-percepcao-2018>. Acesso em: 23 nov. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., t.2, 1988.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A Teoria Rawlsiana da Justiça. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 168 out./dez. 2005

HÄBERLE, Peter. Teoria de la Constitucón como ciência de la cultura. Madrid: Tecnos, 2000.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RICOEUR, Paul. Le juste. Paris: Eprit, 1995.

SEN, Amartya. A Ideia de Justiça. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008 .

TEIXEIRA, J.H. Meirelles. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991.