

INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO

CRISTIANO RIBEIRO SOARES

CONSTITUCIONALISMO EM JOHN RAWLS

BRASÍLIA - DF
DEZEMBRO - 2020

CRISTIANO RIBEIRO SOARES

CONSTITUCIONALISMO EM JOHN RAWLS

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Constituição e Sociedade, linha de Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. João Paulo Bachur

BRASÍLIA - DF
DEZEMBRO - 2020

CRISTIANO RIBEIRO SOARES

CONSTITUCIONALISMO EM JOHN RAWLS

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Constituição e Sociedade, linha de Direitos e Garantias Fundamentais.

Brasília-DF, 1º de dezembro de 2020.

Prof. Dr. João Paulo Bachur
Professor Orientador

Prof. Dr. Rafael Silveira e Silva
Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho
Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho aos meus pais, pelo apoio incondicional, à minha família e amigos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais pelo apoio incondicional na realização desta conquista. Ao meu orientador pelo empenho e dedicação durante a elaboração deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho analisa um constitucionalismo que seja alternativa para o enfrentamento do problema da crise constitucional atual. A crise econômica e financeira de 2008 que assolou o mundo e a recente crise comunicativa que ainda estamos vivendo e que ensejou alterações comportamentais que refletiram na política e no Estado democrático, ambas estão provocando uma erosão dos valores consagrados nas Constituições nacionais. Como hipótese e resposta para uma solução satisfatória deste problema, busca-se uma aliança das ciências jurídicas com uma outra ciência, a filosofia, mais especificadamente a filosofia política. O autor que servirá de paradigma para a construção de um novo constitucionalismo será o americano John Rawls. A escolha partiu da sua teoria de concepção de justiça que foi um divisor de águas no ramo da filosofia política, motivos que serão apresentados no decorrer da dissertação. Serão analisados os principais mecanismos existentes em sua teoria que remontam a relação para a construção deste novo constitucionalismo que se busca, quais sejam, a posição original, o “véu da ignorância”, o equilíbrio reflexivo, os princípios fundamentais, o pluralismo razoável, o consenso sobreposto e a razão pública. Apresentados estes elementos, será detectado em que circunstâncias se encontra o discurso constitucional em seus ensinamentos e, ao final, como o constitucionalismo rawlsiano responde aos problemas contemporâneos.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Crise. John Rawls.

ABSTRACT

This paper analyzes a constitutionalism that is an alternative to face the problem of the current constitutional crisis. The economic and financial crisis of 2008 that devastated the world and the recent communicative crisis that we are still experiencing and that caused behavioral changes that reflected in politics and the democratic State, both are causing an erosion of the values enshrined in the national Constitutions. As a hypothesis and answer to a satisfactory solution to this problem, an alliance between the legal sciences and another science, philosophy, more specifically political philosophy, is sought. The author who will serve as a paradigm for the construction of a new constitutionalism will be the American John Rawls. The choice came from his theory of conception of justice, which was a watershed in the field of political philosophy, reasons that will be presented during the dissertation. The main mechanisms existing in his theory that go back to the construction of this new constitutionalism that is sought will be analyzed, namely, the original position, the “veil of ignorance”, the reflective balance, the fundamental principles, the reasonable pluralism, the consensus superimposed and public reason. Having presented these elements, it will be detected where the constitutional discourse is found in its teachings and, in the end, how Rawlsian constitutionalism responds to contemporary problems.

Palavras-chave: Constitutionalism. Crisis. John Rawls.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 CRISE DO CONSTITUCIONALISMO	15
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES.....	15
2.2 CRISES CONSTITUCIONAIS.....	20
2.2.1 Crises constitucionais contemporâneas	20
2.2.1.1 Crise financeira.....	20
2.2.1.2 Crise comunicativa.....	24
2.2.2 Crises constitucionais modernas	27
2.2.2.1 Crise de legitimidade e representatividade.....	27
2.3 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	32
3 ELEMENTOS DA TEORIA DE RAWLS	34
3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES.....	34
3.2 O PROJETO DE RAWLS.....	35
3.2.1 Respostas ao <i>intuicionismo</i> e utilitarismo	35
3.2.2 Os princípios fundamentais de Rawls	37
3.2.3 A posição original, o equilíbrio reflexivo e o “véu da ignorância”	40
3.2.4 O pluralismo e o consenso sobreposto	44
3.2.5 A razão pública	48
3.2.6 Conclusões parciais	51
4 CONSTITUCIONALISMO EM JOHN RAWLS	53
4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES	53
4.2 CONSTITUCIONALISMO COMO MOVIMENTO HISTÓRICO.....	55
4.3 UMA TEORIA DO PODER CONSTITUINTE.....	56
4.4 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	59
4.5 UMA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	61
4.6 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	64
4.7 UMA TEORIA DE LIMITAÇÃO DE PODERES.....	68
4.8 MODELO DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.....	70
4.9 O ENFRENTAMENTO DAS CRISES.....	72
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
REFERÊNCIAS	81

1 INTRODUÇÃO

O Constitucionalismo está relacionado com a garantia dos direitos humanos e a limitação do poder estatal. O documento que corporifica esta doutrina é a Constituição. Esta é compreendida tanto na sua perspectiva jurídica quanto sociológica. Uma das suas principais facetas é a defesa das minorias. Para explicar toda esta parte conceitual, serão apresentadas as doutrinas de Kildare Gonçalves, José Joaquim Canotilho, Ronald Dworkin, Pietro Sanches e de Celso de Mello.

O estudo do Constitucionalismo englobará cultura, historiografia – da Constituição de Weimar à força normativa da Constituição –, identificação de valores sociológicos e morais. O reconhecimento do pluralismo é um ponto em comum de todas as Constituições. Entretanto, a doutrina em análise vem passando por crises de ordem financeira, tecnológica e representativa. Daqui se extrai o problema enfrentado pelo Constitucionalismo atual.

O século XXI foi marcado por fortes transformações na esfera econômica. A crise financeira mundial iniciada nos Estados Unidos teve seu ápice em setembro de 2008, irradiando por vários países da Europa. Ocorre que os agentes de poder, no enfrente desta crise, não se mostraram preocupados na manutenção dos valores constitucionais consagrados diante de árduas lutas.

Com o objetivo de minimizar os efeitos negativos da crise no continente antigo, aprovou-se um pacote de ajuda econômica para os setores mais afetados, com o objetivo de evitar perdas de empregos. Todavia, a ajuda financeira foi associada a uma lista de medidas de ajuste fiscal que exigiam a relativização de direitos e benefícios sociais.

Como exemplo de política produzida, há o caso espanhol e o compromisso fiscal com a Comissão Europeia de reduzir o gasto em saúde em mais de sete bilhões de euros entre 2012 e 2015. Como consequências, houve um aumento de gasto por reembolso direto em saúde pelos idosos, aumento da taxa de mortalidade deste grupo. E Crescimento do número de infecções respiratórias no grupo de 30 a 55 anos.

As medidas adotadas foram imposições econômicas dos grandes blocos econômicos que, de reflexo, acabaram por ajudar a dismantelar o Estado intervencionista social e enfraquecer o Direito Constitucional. A principiologia dos direitos constitucionais sociais acaba por ser violada. A igualdade, a proporcionalidade e a vedação ao retrocesso são colocadas à prova.

O problema da normatividade da Constituição apresentada por Loewenstein na década de 1960 é resgatada para os dias atuais. Há uma inobservância dos valores consagrados na

Constituição pelos titulares do Poder. Com isso, a crise financeira acaba interferindo tanto na ordem política quanto na ordem democrática.

Legitimidade e soberania também são outros ideais que estão sofrendo uma erosão. A crise de legitimidade é uma condição em que uma ordem política ou um Estado não é capaz de obter apoio nem de investir-se de autoridade suficiente para exercer a gestão. O respeito à soberania estatal depende de uma boa postura de uma nação em relação aos mercados e organizações internacionais. Entretanto, a dependência das nações em relação aos blocos é muito forte. Qualquer imposição desses blocos acaba sendo aceita pelos países dependentes.

Há outra crise que vem aflorando no mundo, a crise comunicativa em que as redes sociais e a tecnologia estão corroendo o espaço público, polarizando e incitando o radicalismo. Este cenário dificulta um debate racional que permita a realização de acordos políticos e consensos constitucionais.

Como hipótese de alternativa para sanar ou, ao menos, minimizar esta onda de acontecimentos que surgem no cenário mundial, a proposta é um Constitucionalismo que resgate valores de outras disciplinas que por tanto tempo estavam esquecidas pela fase positivista do Direito.

Esta digressão se deu na Filosofia. Um autor que está sendo um divisor de águas nesta ciência humana é o professor de Harvard John Rawls. Ele propôs enfrentar as teorias políticas vigentes no meio acadêmico, com o Utilitarismo, uma proposta embasada em mecanismos hipotéticos para que se chegue a uma construção consensual de princípios da justiça que vão reger a estrutura básica de uma sociedade.

As obras *Uma Teoria da Justiça* e *O Liberalismo Político* serão a bibliografia embasadora para a investigação de um Constitucionalismo dentro da literatura de Rawls. A doutrina será abordada não com todos os mecanismos apresentados na obra. Rawls escreve passando pela Sociologia, Psicologia e Economia. Logo, terá elementos quem não terão a que contribuir para o presente estudo. Serão estudados apenas os elementos que podem contribuir para a elaboração de um Constitucionalismo que servirá como alternativa para os problemas apresentados.

A ideia proposta por Rawls é de um processo de justificação do justo em que qualquer cidadão o realizando chegará ao justo, albergando todos os grupos de uma sociedade. A pesquisa, partindo de uma metodologia analítica e técnica de pesquisa bibliográfica, convoca algumas releituras dos conceitos da Teoria da Justiça de John Rawls, em especial, os conceitos de: princípios fundamentais, posição original, equilíbrio reflexivo, “véu da ignorância”, pluralismo, consenso sobreposto e razão pública.

Para serem alcançados os resultados pretendidos, partiu-se primeiramente de uma discussão sobre a metodologia de justificação e legitimação *rawlseniana*, de maneira a analisar os conceitos propostos em uma relação operacional com o Constitucionalismo. Assim, buscou-se apresentar, ao final, uma releitura da noção de Teoria Constitucional viabilizada sob o aparato da filosofia política de Rawls.

Toda esta caminhada foi realizada em três capítulos. O primeiro capítulo apresentará as bases do Constitucionalismo com os seus problemas de ordem financeira, de representatividade, de legitimidade tanto interna quanto externa e até comunicativa. No segundo capítulo serão apresentados os motivos da escolha do filósofo americano e os elementos formadores de sua filosofia política: os princípios da justiça, a posição original, o equilíbrio reflexivo, o “véu da ignorância”, o pluralismo, o consenso sobreposto e a razão pública. O terceiro e último capítulo terá como objetivo construir uma Teoria Constitucional apoiada nos mecanismos apresentados por Rawls como tentativa de solucionar os problemas contemporâneos apresentados.

2 CRISE DO CONSTITUCIONALISMO

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES

O Constitucionalismo é a doutrina baseada em uma Constituição rígida que busca resultados que venham a garantir a proteção dos direitos fundamentais, ainda que isso implique em limitação dos poderes do Poder Executivo e do Poder Legislativo (KOZICKI; BARBOSA, 2008). A “Constituição” é entendida como um documento jurídico de maior autoridade do que a própria entidade estatal.

Kildare Gonçalves Carvalho observa o Constitucionalismo em duas perspectivas, a jurídica e a sociológica. A perspectiva jurídica pode ser entendida como um conjunto de normas, que se insere em uma constituição formal, e esse documento jurídico por sua vez se encontra acima dos detentores de poder. Na perspectiva sociológica, um movimento social que dá sustentação a esse sistema e respectivamente a limitação do poder. (CARVALHO, 2009).

Para a doutrina clássica de José Joaquim Canotilho:

[...] Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos e dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade [...]. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo. (CANOTILHO, 1999, p. 47)

Para Dworkin um dos principais papéis da Constituição não é apenas a proteção dos indivíduos, mas também dos direitos individuais de grupos minoritários, contra decisões da maioria, mesmo que esta maioria esteja convencida de que sua decisão estará promovendo o bem comum, ou seja:

A teoria constitucional em que se baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das maiorias. A Constituição, e particularmente a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum. (DWORKIN, 2002, p. 208-209).

Prieto Sanchís também tece sua contribuição acrescentando à defesa das minorias no conceito de Constitucionalismo a ideia de controle judicial conforme encontrado no seguinte trecho:

La concepción americana del constitucionalismo em la que el poder constituyente del Pueblo se traduce em una norma suprema llamada a limitar la acción del legislador y em una seria preocupación por garantizar su defensa a través del control judicial, tuvo también un cierto reflejo em la gran revolución europea de finales del siglo XVIII (SANCHÍS, 2003, p. 53).

De acordo com as facetas do conceito apresentado ao Constitucionalismo, merece registro o trecho do voto do Ministro Celso de Mello, uma vez que apresenta de forma concreta a função dos Tribunais Constitucionais e Supremos como forma de controle judicial e defesa das minorias contra eventuais excessos da maioria ocasional:

A função contramajoritária que, ao Supremo Tribunal Federal, **incumbe desempenhar no âmbito do Estado democrático de direito, em ordem a conferir efetiva proteção às minorias.** Trata-se, na realidade, de tema que, intimamente associado ao debate constitucional suscitado nesta causa, concerne ao relevantíssimo papel que compete a essa Suprema Corte exercer no plano da jurisdição das liberdades: **o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários,** tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica (RE n. 477.554, grifo nosso).

O Direito do Estado Constitucional tem uma característica diferenciadora: o fato de introduzir normas principiológicas dentro do sistema jurídico do Estado de Direito, em que o caso concreto é interpretado pela ponderação, considerando a adequação e a conformidade com a existência de justiça (DUARTE; POZZOLO, 2006.).

Deve-se entender também que o Constitucionalismo é uma manifestação da cultura ocidental e de movimentos históricos profundos destas sociedades; o que traz uma referência para cada uma delas. (SABATER, 1996). Portanto não há apenas um único Constitucionalismo, mas vários, e Canotilho faz menção, por exemplo, ao Constitucionalismo do modelo inglês, o de matriz norte-americana e o de referência francesa.

A cultura e a historicidade são marcas do Constitucionalismo, que vem desde a antiguidade e tem se formado até os dias atuais, norteados por uma Constituição que visa garantir os direitos fundamentais e a organização Estatal, permitindo uma variável de dimensões de ideologias ao sistema constitucional de cada ente estatal em seu bojo, como forma de projeção da cultura e da historicidade da nação na sua ideologia apresentada. De acordo com a ideologia de maior influência, teremos o seu próprio Constitucionalismo. (MARTINS, 2015).

Essa caracterização do Constitucionalismo se desdobra em questões como o papel das Constituições, a identificação dos valores escolhidos, seus fins constitucionais e o desenvolvimento da Ciência do Direito Constitucional própria, englobando tanto os aspectos

referentes a uma Teoria Geral como as peculiaridades referentes a uma dogmática singular e especializada de cada Constitucionalismo em uma nação (ALARCÓN, 2017).

O Constitucionalismo condiciona e clama pelo respeito aos dispositivos constitucionais como componentes ou regras do jogo ao redor do qual circundam as forças que concorrem para o exercício do poder político da respectiva nação, bem como garantia de liberdade fundamental e condição decisiva da legitimidade das decisões políticas (ALARCÓN, 2017).

Não obstante, o Constitucionalismo é uma relação da lei com o homem e seus valores universais, que advém de lutas de várias gerações, valores sociológicos e morais construídos na evolução de uma comunidade de forma a trazer maior justiça e equidade dentro de uma sociedade, com princípios positivados na Constituição Federal de cada nação (MARTINS, 2015).

O Constitucionalismo contemporâneo é considerado um novo paradigma de compreensão/elaboração/interpretação do Direito Constitucional, que surgiu após a Segunda Guerra Mundial e encontra suas primeiras expressões normativas na Constituição italiana de 1947 e na Constituição alemã de 1949 (ABEL, 2016).

A convergência do pluralismo de tradições constitucionais passou a ter as bases do Estado Constitucional como pontos em comum. Este surgimento do Constitucionalismo contemporâneo advém do fruto da convergência entre tradições constitucionais diversas que foram as bases do Estado Constitucional, com características próprias que afirmam a Constituição de cada Estado (CAMPUZANO, 2009).

Prieto Sanchís estabelece algumas características dentro do Constitucionalismo contemporâneo, como “[...] el predominio de los principios sobre las reglas, el empleo frecuente de la técnica de la ponderación, la presencia relevante y activa de los jueces por encima de los legisladores, **el reconocimiento del pluralismo** [...]” (SANCHÍS, 2005, p. 131-132, grifo nosso). Percebe-se que o pluralismo de regras é uma constante na construção do Constitucionalismo contemporâneo.

Essa multiplicidade de normas advém de influências dos modelos inglês, francês e estadunidense. Entretanto, mesclada com fatores locais, circunstâncias políticas peculiares ao Estado, tempo, novas ideias e concepções, que foram o nascedouro para este constitucionalismo contemporâneo (DALLARI, 2010).

Para Lênio Streck, o Constitucionalismo contemporâneo é um processo de continuidade dos modelos de constitucionalismo anteriores somados a novas conquistas que

passaram a integrar a estrutura do Estado Constitucional após a Segunda Guerra Mundial (STRECK, 2014).

Por esta agregação de várias conquistas históricas, merece registro o conceito de Constitucionalismo contemporâneo trazido por Streck e Abboud:

Nessa medida, pode-se dizer que o Constitucionalismo contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos). Todas essas conquistas devem ser pensadas, num primeiro momento, como continuadoras do processo histórico por meio do qual se desenvolve o constitucionalismo. Com efeito, o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania (STRECK; ABBLOUD, 2014, p. 47).

O fim da primeira guerra mundial deu origem à Constituição de Weimar em 11 de agosto de 1919. Nela são encontrados diversos dispositivos que garantiam os direitos fundamentais, individuais e direitos sociais, incluindo a proteção do trabalhador e o direito à educação (BARROSO, 2014). Entretanto, só após a derrota na Segunda Guerra, foi promulgada a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em 23 de maio de 1949, marcada por valores democráticos, que em sua constituição trazia os direitos fundamentais e o respeito à dignidade da pessoa humana e sua inviolabilidade (BARROSO, 2014).

A Constituição italiana de 1947 enfatizou que a Itália é República Democrática fundada no trabalho. Sendo sensível à valorização do trabalho como princípio inseparável da valorização do indivíduo (LEITE, 2011).

Esta fase do Constitucionalismo ganhou vigor na segunda metade do século XX, com a influência da Declaração Universal de Direitos Humanos feita pela Organização das Nações Unidas, em 1948, que buscava uma grande valorização das Constituições dos Estados, como método de garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana (DALLARI, 2010).

Com essa constitucionalização, levantou-se fortemente a bandeira a favor dos direitos humanos, após a segunda grande guerra. Essa característica traz consequências de evidente relevo às normas que recaíram em todos os poderes, até mesmo ao poder de reforma da Constituição (BRANCO; MENDES, 2014).

Arelado aos valores construídos pelo Constitucionalismo contemporâneo é necessário se desenhar o valor normativo de uma Constituição. As Constituições normativas fazem parte do cenário político-jurídico da sociedade atual.

A primeira finalidade de uma Constituição é servir como batuta para orquestrar os ditames de uma sociedade. A Constituição por si só não basta para que uma sociedade seja regida por ela, caso em que seria apenas mera “folha de papel”, sem qualquer aplicabilidade social (SORMANI; DIAS, 2015).

Uma Constituição requer uma força suficiente para que os valores e princípios em que ela comunga sejam inseridos em uma sociedade. Trata-se da eficácia social das normas constitucionais. A intensidade social da força normativa da Constituição está diretamente relacionada com a consciência constitucional ou o que Konrad Hesse denomina de “vontade da Constituição”.

Assim leciona Hesse:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral –particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung) (HESSE, 1991, p. 19).

Para Hesse (1991), a Constituição ultrapassa os limites do meio jurídico e adentra na seara sociológica. A Constituição deve responder a fatores reais de poder de determinada sociedade. Uma Constituição que não é respeitada pode conduzir à perda da sua força normativa, deixando de ser uma constituição sociológica e se tornando uma Constituição apenas jurídica.

Em suma, o Constitucionalismo contemporâneo abriu portas para a humanização e o reconhecimento supremo da dignidade da pessoa humana. (MARTINS, 2015). Atrelado aos valores construídos até se chegar a esta fase do Constitucionalismo, há o valor normativo das Constituições que também devem ser seguidos.

Apresentados as principais características do Constitucionalismo contemporâneo, os próximos tópicos tratarão das crises enfrentadas pelo Constitucionalismo tanto em nível global quanto em nível nacional que acertam em cheio as constituições normativas e as democracias pluralistas, quais sejam: a crise financeira, a crise tecnológica e a crise de representatividade. Por fim, será demonstrado um ponto de convergência entre estas crises.

Ressalta-se, ainda, que ao trabalho são impostas limitações de ordem metodológica, com enfoque espaço-temporal no continente europeu quanto ao primeiro tópico e o contexto brasileiro no segundo e no terceiro tópico, isto é, na análise de sua situação jurídico-

econômica durante o século XX e início do século XXI. Além de basear-se na pesquisa da doutrina jurídica especializada. O método utilizado na pesquisa é o dedutivo.

2.2 CRISES CONSTITUCIONAIS

2.2.1 Crises Constitucionais Contemporâneas

2.2.1.1 Crise Financeira

O século XXI trouxe transformações significativas e aceleradas na esfera econômica. Os agentes de poder que surgiram em decorrência destas transformações não estão preocupados em se vincularem aos valores constitucionais encampados na trajetória de formação do Constitucionalismo.

A crise financeira deu lugar a uma exteriorização do poder nacional, refém das condições econômicas ditadas pelos blocos e potências econômicas. Esse contexto sabota as bases do Estado social e deteriora as raízes ideológicas do Constitucionalismo, conquistadas a duras lutas (CALLEJÓN, 2019).

As promessas neoliberais arquejam a soberania estatal, que se dobra frente à globalização financeira que chega a reger quais medidas de economia interna devem ser adotadas (PESSOA; POMPEU, 2012).

A crise financeira mundial, iniciada nos Estados Unidos, em que o ápice se deu no segundo semestre de 2008, potencializou os déficits financeiros de algumas economias europeias, dentre elas pode-se destacar as economias de Portugal, da Itália, da Irlanda, da Grécia e da Espanha (FIGUEIREDO, 2016).

Em maio de 2010, França e Alemanha, duas lideranças no bloco econômico europeu, anunciaram que os membros da Zona do Euro iriam elaborar um plano para a proteção da moeda europeia como forma de evitar ataques especulativos. A base jurídica para tal plano teve sede no artigo 122-2 do tratado europeu, que determina que quando um Estado-Membro experimentar dificuldades ou uma séria ameaça de graves dificuldades, em razão de catástrofes naturais ou de acontecimentos excepcionais que escapem ao seu controle, o Conselho, a partir de proposta da Comissão, pode conceder, sob certas condições, assistência financeira da União ao Estado-membro em questão (FIGUEIREDO, 2016).

Com o objetivo de minimizar os efeitos negativos da crise no continente antigo, aprovou-se um pacote de ajuda econômica para os setores mais afetados, com o objetivo de

evitar perdas de postos de trabalho, empregos e diminuir os efeitos negativos no mercado financeiro, diminuindo o risco de eventual crise sistemática. Todavia, a injeção de verbas públicas no setor privado reduziu a capacidade de arrecadação dos respectivos estados, o que aumentou o déficit público (FIGUEIREDO, 2016).

A ajuda financeira foi associada a uma lista de medidas de ajustes fiscais que ensejaram na relativização de direitos e benefícios sociais, o que levou à insatisfação popular, com destaque para as classes dos trabalhadores, pensionistas e estudantes que lideraram as manifestações (FIGUEIREDO, 2016).

As medidas regulatórias adotadas nestes países não foram escolhas políticas, mas sim imperativos do mecanismo financeiro vigente, com um foco residual na área social. Percebe-se, na verdade, que estas medidas de austeridade constituem uma nova tentativa do capital financeiro internacional de dismantlar o que resta do Estado Intervencionista Social (FIGUEIREDO, 2016).

Assim descreve Streck (2012) quanto à política de austeridade internacional:

Com o advento de uma nova fase de austeridade, a capacidade dos Estados-nação de fazer a mediação entre os direitos dos cidadãos e os requisitos de acumulação de capital foi severamente afetada. Governos de toda parte enfrentam resistência mais forte a aumentos de impostos, particularmente em países altamente endividados, nos quais será preciso gastar dinheiro público novo por muitos anos para pagar bens consumidos há muito tempo. Além disso, com a interdependência global cada vez mais estreita, já não é possível ter a pretensão de que as tensões entre economia e sociedade, entre capitalismo e democracia, podem ser geridas no interior das comunidades políticas nacionais. Hoje nenhum governo pode governar sem prestar devida atenção às obrigações e constrangimentos internacionais, inclusive aqueles dos mercados financeiros que forçam os Estados nacionais a impor sacrifícios à sua população. As crises e as contradições do capitalismo democrático se tornaram definitivamente internacionalizadas, manifestando-se não só dentro dos Estados, mas também entre eles, em combinações e permutações inauditas (STRECK, 2012, p. 54).

Com a crise de 2008 foi possível observar que alguns sistemas constitucionais europeus experimentaram uma involução. O modelo de integração na Europa não conseguiu fortalecer o Direito Constitucional. Ao revés, desabilitou funções como o controle do poder e a canalização de conflitos sociais e políticos (DE CABO, 2009).

O ambiente de decisões de caráter global e supranacional não deu espaço ao pluralismo político, submetendo estes espaços aos ditames das condições econômicas geradas por especuladores financeiros e pelos grandes fundos de investimentos globais (CALLEJÓN, 2019).

Orlando Villas Bôas Filho (2016) escreve sobre Governança Global e descreve este cenário econômico em que os estados estão inseridos e submetidos a estas regras:

A governança global teria sido concebida, em seu conjunto, como a gestão dos negócios mundiais no nível das organizações e das agências internacionais. Nesse sentido, o funcionamento de tais instituições (egressas de Bretton Woods) consistiria essencialmente no enquadramento da atividade soberana dos Estados pelos regimes multilaterais de governança, a partir dos princípios componentes do que se convencionou designar “Consenso de Washington”: disciplina fiscal; abertura comercial; estímulo a investimentos estrangeiros; privatização de empresas públicas; desregulação e respeito ao direito de propriedade. Tais princípios, oficialmente assumidos pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional, foram convertidos em imperativos administrativos que deveriam nortear as políticas dos países (especialmente os endividados) em nome do que se convencionou designar de *good de governance*, noção, aliás, que se tornou fundamental no âmbito da governança global, na medida em que assumiu o papel de um paradigma de referência para a avaliação das economias dos países por parte das autoridades financeiras internacionais (VILLAS BÔAS FILHO, 2016, p. 155).

A impossibilidade de compressão de direitos constitucionais sociais em situações de crise possui natureza principiológica (igualdade, proporcionalidade, vedação ao retrocesso). Os princípios possuem uma carga de obrigatoriedade, ligados umbilicalmente ao poder de normatividade que as Constituições possuem. Os princípios são dotados de força normativa e eficácia irradiante, estendendo-se em direção a todo o ordenamento (PEREIRA, 2017).

Assentada estas informações, será passado a analisar os princípios que limitam ou vedam qualquer alteração em direitos constitucionalmente garantidos. São eles, o princípio da vedação ao retrocesso e o princípio da isonomia.

A proibição do retrocesso é reconhecida como o princípio que torna inadmissível a revogação de normas que concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a modificação seja seguida de política substitutiva ou análoga (BARROSO, 2009).

Neste mesmo sentido, para Ingo W. Sarlet, o princípio da proibição de retrocesso social significaria “[...]toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não)” (SARLET, 2009).

A incidência do princípio da proibição do retrocesso poderia ter conduzido à invalidade destas medidas econômicas com reflexos sociais que acarretassem compressões a direitos fundamentais mesmo que em contextos de combate a crises financeiras, uma vez que conquistas sociais fazem parte de um processo civilizatório e de amadurecimento do Estado Democrático de Direito, não podendo ser desprotegidas mesmo em contextos de crise econômica severa (PEREIRA, 2017).

Em que pese toda a defesa em torno do princípio em análise, o Tribunal Constitucional de Portugal desenvolveu a chamada “jurisprudência da crise”, na qual a mesma vem

permitindo restrições a benefícios sociais anteriormente conquistados em face da crise econômica e financeira (CONTINENTINO, 2015).

Segundo o conceito do Dicionário Técnico Jurídico, isonomia é a igualdade de todos perante a lei, princípio que expressa tratamento ante a lei sem distinção de grau, classe ou poder econômico (GUIMARÃES, 2004).

O princípio da igualdade se divide em igualdade formal e igualdade material. A igualdade formal está presente em quase todos os ordenamentos constitucionais, referindo-se à expressão que todos serão iguais “perante a lei”. Já a igualdade material é a concretização da igualdade formal permitindo isonomia de oportunidades sem distinções. Bulos baseando-se na lição Aristotélica proclamou:

a regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcional e desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvários da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir os mesmos a todos, como se todos se equivalessem (BULOS, 2009, p. 420).

O princípio da igualdade veda restrições de direitos sociais, tanto na sua vertente formal quanto na vertente material, uma vez que as ações para o combate a crises financeiras frequentemente acabam por ensejarem sacrifícios maiores apenas a grupos que já estão em situação de vulnerabilidade, como trabalhadores assalariados e aposentados (PEREIRA, 2017).

Como exemplo de violação deste princípio, pode-se citar o caso português frente à crise financeira analisada, em que foram editadas várias medidas que afetaram severamente grupos vulneráveis como os aposentados, mas em relação aos contratos estatais firmados com fornecedores e agentes privados no âmbito das parcerias público-privadas não foram sequer revisados.

O abalo das políticas sociais e dos direitos sociais e trabalhistas nas instâncias europeias foi de tal monta que as instituições criaram o movimento chamado “Pilar Social Europeu”. O pilar europeu dos direitos sociais define os princípios e os direitos fundamentais para assegurar a equidade e o bom funcionamento dos mercados de trabalho e dos sistemas de proteção social na Europa do século XXI.

A normatividade da Constituição se vê fragilizada no momento em que não consegue fazer valer os princípios e preceitos constitucionais devido à pressão orçamentária imposta por blocos econômicos supranacionais (CALLEJÓN, 2018). O desprestígio da Constituição representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável

desprezo por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

O problema da normatividade chegou a ser identificado por Loewenstein ainda na década de 60. Ele apresenta o fenômeno da desvalorização da Constituição escrita na democracia constitucional. A desvalorização advém da inobservância da Constituição pelos titulares do Poder. São várias as razões que conduzem à ineficácia de preceitos constitucionais em decorrência da conduta dos gestores das nações: norma constitucional utópica e de difícil concretização, aversão de partidos políticos à aplicação da regra constitucional, pressão social e econômica contrária à complementação da norma (HORTA, 1992). A presente análise mostra a desvalorização da Constituição por motivos econômicos.

Surge então a “Constituição econômica” do Estado social, em que se dá uma interpretação econômica à Constituição, sem modificar o seu texto, alterando os fundamentos do sistema constitucional (CALLEJÓN, 2013).

Analisado a perspectiva normativa da crise financeira, é possível observar reflexos no âmbito político e principalmente na ordem democrática, em relação ao distanciamento das políticas do Estado no tocante às expectativas de seus cidadãos. A partir de então será analisado uma crise de legitimidade que envolve o cenário político dos países que passaram pela crise de 2008 (PINTO; BOAS FILHO; SILVA, 2020).

2.2.1.2 Crise Comunicativa

É notório que as redes sociais são ferramentas para a promoção da participação política no que tange principalmente a questões publicitárias. Entretanto, nos últimos anos as redes sociais estão provocando lesão a direitos fundamentais em decorrência da manipulação da propaganda eleitoral, com a difusão de *fake news* e o seu impacto nos processos políticos (CALLEJÓN, 2019).

Como exemplo de interferência, e até se dizer como marco para a identificação do problema, tem-se o impacto no referendo do *Brexit*, evidenciado pela intervenção de *Cambridge Analytica* e nas eleições presidenciais norte-americanas promovidas pela intervenção da mesma companhia e do Facebook, que enseja questionamentos sobre o futuro do Constitucionalismo e da democracia pluralista (CALLEJÓN, 2019).

Podem-se perceber algumas consequências do fenômeno das redes sociais e que já podem ser sentidas na sociedade brasileira: fragmentação do espaço público, polarização das atividades políticas, radicalização do discurso e da linguagem, dificuldade de articular

consensos, apelação às próprias redes sociais como mecanismo de legitimação e representatividade, potencializando movimentos populistas e antidemocráticos (CALLEJÓN, 2019).

Deve-se observar que as plataformas de internet seguem um regime de monopólio ou oligopólio que estão inseridos na lógica capitalista, na qual o interesse central é a obtenção de lucros e não a promoção de valores constitucionais. Estas plataformas precisam chamar a atenção do público para incrementar sua receita. Para tanto, elas utilizam meios publicitários que dificilmente contribuem para solucionar algum problema social (FROSINI, 2017).

Percebe-se um movimento regressivo do espaço público provocado pelas redes sociais em relação aos princípios que inspiram o debate público e a atividade política da Constituição normativa.

Balaguer destaca as contradições entre as Constituições normativas e as redes sociais:

1. As constituições normativas baseiam-se no consenso fundamental da sociedade, articulado através de processos constituintes nos quais encontram-se representados todos os setores sociais, que entram em acordo em relação a um projeto de convivência comum e o atualizam igualmente por consenso mediante reformas constitucionais. Estes consensos são cada vez mais difíceis de lograr devido à polarização crescente do espaço público, potencializada em grande medida pelas redes sociais.
2. As constituições normativas têm uma vocação de ordenação global da sociedade, regulando a totalidade da ação do Estado e controlando o poder público para garantir direitos. Esta pretensão continua se mantendo, embora o poder dos Estados membros da EU já não tenha essa vocação de totalidade porque é compartilhado com as instâncias europeias (CALLEJÓN, 2016). No entanto, as redes sociais parecem produzir uma fragmentação acrescida do espaço público, com diversidade de interesses setoriais, que dificultam uma ordenação compreensiva do conjunto da sociedade mediante instrumentos constitucionais.
3. As constituições normativas definem uma estrutura de convivência estável, uma programação no tempo para as gerações sucessivas. O fator tempo é de grande relevância no Direito constitucional, como também nas redes sociais, porém de forma contraditória. Nestas, o caráter imediato da resposta, própria do processo comunicativo configurado através delas, está dando ensejo a processos políticos nos quais a planificação em médio ou longo prazo não parece ter qualquer utilidade. Requerem-se cada vez mais respostas diretas e imediatas que sirvam para resolver problemas que são complexos e estão cheios de matizes e exigirão uma ordenação temporal distinta.
4. A maior parte das constituições dos Estados membros da EU tem uma estrutura normativa, o que implica a utilização de técnicas e instrumentos de caráter jurídico para a realização de suas funções através de processos formalizados que incorporam garantias jurídicas complexas. Esta complexidade pode ser tão difícil de compreender como operações matemáticas ou processos químicos sobre os quais o debate científico está reservado a especialistas na matéria. No entanto, no contexto de uma sociedade democrática os debates sobre a Constituição não podem ser limitados. Ao contrário, a sociedade aberta dos intérpretes constitucionais (HABERLE, 1975) deve ser preservada. Porém, o debate nas redes sociais parece estar orientando-se cada vez mais no sentido contrário aos valores constitucionais de respeito à dignidade e aos direitos (potencializando o racismo, a xenofobia e a misoginia, por exemplo).
5. O radicalismo e a intolerância gerados nas redes estão se transferindo em grande medida para o debate público fora das redes, o que ainda resulta mais problemático

do ponto de vista constitucional. As redes parecem estar desenvolvendo uma função de reprodução cultural negativa na medida em que “educam” amplos setores da população no enfrentamento e na escalada de tensões dentro e fora das redes. No plano político, essas atitudes sociais negativas incrementam a agressividade no espaço público, aumentando a dificuldade para alcançar acordos entre os agentes políticos.

6. A crescente dependência dos meios de comunicação tradicionais em relação às redes sociais é também um fator a ser considerado (PITRUZZELA, 2017). Para poder competir no mercado publicitário, os meios de comunicação parecem estar se adaptando gradativamente ao discurso das redes, tanto no que se refere aos conteúdos (muitos deles superficiais, que banalizam os debates públicos) quanto à forma de apresentá-los e manuseá-los, em muitas ocasiões conectados não só com as temáticas como também com a forma como estão sendo abordados nas redes sociais.

7. Os partidos políticos parecem manifestar igualmente uma dependência crescente das redes sociais em sua atividade. Suas agendas encontram-se condicionadas pelos debates nelas gerados e suas orientações dependem em grande parte das polêmicas lançadas nas redes. Isto não seria em si mesmo disfuncional, porque expressaria um incremento da participação política, se não fosse pelo fato de que há indícios que nos fazem pensar que tais debates se introduzem nas redes em muitas ocasiões por meio de estruturas organizadas e de agentes que desejam orientá-los e priorizá-los em função de interesses ocultos. Ademais, neste ponto está se produzindo um risco de involução democrática com a intervenção de tais agentes nos processos eleitorais em favor de determinados partidos e opções políticas (CALLEJÓN, 2019, p. 695-696).

Com o crescimento da configuração desagregadora de um espaço público, percebe-se que as redes sociais possuem um especial protagonismo na conformação da opinião pública.

O desenho deste ambiente faz com que a democracia pluralista e os princípios constitucionais sejam ameaçados pelas condições estruturais internas da comunicação por meio dos quais as redes sociais promovem, dificultando ainda mais um debate racional que permita a realização de acordos políticos e de consensos constitucionais. Já é sentido como um outro fator de crise do Constitucionalismo contemporâneo.

2.2.2 Crises Constitucionais Modernas

2.2.2.1 Crise de Legitimidade e Representação

Inicialmente, faz-se necessário a escolha de um conceito de legitimação e soberania que vai servir como base para demonstrar a crise enfrentada pelo Constitucionalismo na conjuntura atual.

Habermas preceitua legitimação como sendo a percepção, por parte dos cidadãos, de que as instituições nas quais eles estão inseridos são justas, benevolentes e existem no melhor interesse deles, merecendo o seu respaldo, sua lealdade e sua adesão (HABERMAS, 1975). A importância da legitimação enquanto fundamento de validade estatal decorre do

reconhecimento factual de sua necessidade para a estabilidade de um ordenamento político (DINIZ, 2001).

O Estado *per se* não cria a identidade normativa da sociedade, mas assume a tarefa de defendê-la e garanti-la, impedindo a desintegração social por meio de mecanismos reguladores cogentes. É pretensão do Estado a sua legitimação por meio da conservação da identidade normativamente de uma sociedade, no sentido de manter sua coesão e unidade estrutural (DINIZ, 2001).

Crise de legitimação é uma condição em que uma ordem política ou um Estado não é capaz de obter apoio nem de investir-se de autoridade suficiente para exercer sua gestão. Para o autor alemão “[...] a partir do momento em que se criam políticas que não obedecem mais às condições da gênese democrática do Direito, perdem-se os critérios que permitiriam avaliá-las normativamente” (HABERMAS, 2003, p. 171).

A crise de legitimidade política pode ser entendida como o distanciamento entre a sociedade e o Estado, o que, no contexto democrático representativo eleitoral, revela um afastamento entre os representantes e os representados, o que faz com que a sociedade desenvolva um sentimento de desconfiança em relação à política e ao governo (PINTO; BOAS FILHO; SILVA, 2020).

Quando surgem conflitos de legitimação do poder, não superados ou contornados pelos critérios de validade então existentes, surge um ambiente propício para a eclosão de revoltas e revoluções. Assim, quando não há identificação, deixa de haver o acatamento, perde-se a autoridade e gera-se um vácuo de poder propício para a revolução (DINIZ, 2001).

Como assinala Habermas (1990, p. 220),

[...] esses conflitos podem levar a uma temporária perda da legitimação; e, em certas circunstâncias, isso pode ter consequências críticas para a estabilidade de um regime. Quando o desfecho de tais crises de legitimação liga-se à mudança das instituições de base não somente do Estado, mas da sociedade inteira, falamos então de revolução.

Hobbes, juntamente a demais teóricos clássicos, analisam a soberania como forma de legitimar o poder estatal sobre os indivíduos, numa relação entre súditos e Estados, assim demonstra-se a delimitação do seu aspecto interno (SOUZA, 2012).

Tal fato é corroborado já sob a visão de Norberto Bobbio, que divide a soberania em duas formas, uma em torno do interior que deriva das relações entre governantes e governados e outra do exterior, proveniente das relações entre os Estados. A "soberania externa" diz

respeito às relações internacionais dos Estados, enquanto a "soberania interna" diz respeito ao trato dos indivíduos no território de um Estado (SOUZA, 2012).

É importante frisar que o sistema econômico atual se define por movimentos e processos que obedecem a lógicas próprias, não sendo controláveis com base nas “categorias e procedimentos normativos e nos padrões espaciais e temporais construídos sob a inspiração da teoria jurídico-política clássica, [centrada no conceito de Estado e de soberania]” (FARIA, 2011, p. 34).

Este fato evidencia que a integração dos mercados globais torna-os fortalecidos no processo de tomadas de decisões e, com isso, submetem as economias nacionais às consequências de atos e acordos decididos fora dos seus territórios (BRUM; BEDIN; PEDROSO, 2013).

Os autores Fabiano Tonaco, Luís Andres Lopes Fernández e Wagner de Sousa Campos apresentam um resumo esquemático das medidas de ajuste fiscal e suas consequências na Espanha:

Quadro 1 – Resumo das principais repercussões da crise na Espanha levantadas pelo Relatório Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria 2014.

Categorias	Políticas produzidas pelo ajuste fiscal	Consequências
Político/ Institucional	– Cortes no orçamento público.– Deterioração das finanças públicas.– Compromisso fiscal do governo espanhol com a Comissão Europeia de reduzir o gasto em saúde em mais de sete bilhões de euros entre 2012 e 2015.– Reformas do mercado de trabalho.– Redução dos gastos ativos/passivos em políticas de combate ao desemprego.– Diminuição da atividade industrial.– Aumento do desemprego.– Políticas restritivas ao acesso ao benefício previdenciário.– Propostas de alterações na lei que legaliza o aborto na Espanha.– Redução de novas aposentadorias.– Diminuição do gasto com cuidadores.– Privatização de instituições sociais.– Cortes no gasto em saúde (programas de prevenção e atenção primária).–	“Captura” política e cultural da formulação de políticas públicas; perda da autonomia das instituições de regulação pública; queda de 6% do PIB (2008-2012); aumento em mais de 200% da dívida pública após 2008; queda do orçamento público para política de habitação; introdução de elementos privatizadores no SNS; a colocação da privatização dos serviços do SNS como pedra para a sustentabilidade do sistema de saúde não tem subsídios empíricos na literatura nacional e internacional, desviando a atenção para reformas necessárias e recorrentemente postergadas; não há estudos sistematizados na Espanha sobre modelos de gestão e independentes que apontem resultados sobre eficiência e eficácia; diminuição da atividade industrial; transformação do direito à saúde baseado na cidadania para um direito fundado nas cotizações

	Aumento da pobreza.– Redução em 15% do percentual do PIB investido em educação no período de 2013 a 2016.– Barreiras no acesso à saúde.	do seguro social; as políticas introduzidas de cortes orçamentários e privatizações respondem a critérios ideológicos, sem concreta evidência científica.
Determinantes sociais		Pior nível de desemprego registrado na União Europeia 15; precarização do trabalho; aumento da participação da mulher no mercado de trabalho; aumento em três pontos percentuais do número de jovens com menos de 16 em risco de pobreza após a crise; aumento da diferença salarial entre um espanhol e um imigrante de 25,5% para 31,4% em desfavor dos últimos; aumento dos despejos de cidadãos que não conseguiram pagar financiamento e/ou aluguel; redução de lares públicos (privatização) e subsídios para o aluguel social; diminuição mais acentuada dos níveis de dióxido de nitrogênio (NO2) e partículas em suspensão na atmosfera; mudanças nos padrões de vida que podem ser benéficas à saúde; crescimento da vulnerabilidade social verificado por maior número de pessoas atendidas em programas oficiais e não oficiais; queda no volume de consumo médio de alimentos por família desde 2009; aumento do consumo de legumes, bem como de alimentos doces processados; diminuição da renda média das famílias; a desigualdade medida pelo Índice de Gini passou de 0,31 em 2006 para 0,35 em 2012; piora dos determinantes sociais da saúde; privação de cerca de 873.000 de pessoas residentes na Espanha em conseguir acesso aos cuidados de saúde.
Saúde		Diminuição da taxa de mortalidade geral, porém num ritmo de decréscimo menor do antes da crise; retrocessos em avanços conseguidos concernentes aos direitos reprodutivos; barreira de acesso às mulheres imigrantes indocumentadas aos serviços de saúde; aumento nos casos de sífilis e gonorreia, enquanto diminuem as

		<p>novas infecções pelo vírus da imunodeficiência humana adquirida (HIV); queda nas taxas de fecundidade; discreto aumento nos casos de aborto; aumento do gasto por desembolso direto em saúde pelos idosos; desaceleração da diminuição da taxa de mortalidade entre idosos; crescimento da mortalidade entre idosos durante o inverno; não se observaram mudanças significativas na incidência de patologias infecciosas por causa da crise financeira; crescimento da letalidade intra-hospitalar por morbidades infecciosas; as infecções respiratórias das vias aéreas altas e a gripe tiveram uma elevação no grupo entre 30 e 55 anos de idade; não atribuíram-se à crise variações na incidência dos agravos e na cobertura vacinal; os transtornos de ansiedade, a depressão, a crise de angústia e o consumo de álcool (dependência e abuso) aumentaram significativamente durante a crise (2006-2010); até 2011, não houve variação nos casos de suicídio; cresceu em 10% o consumo de antidepressivos e sedativos; evidências empíricas mostram que a experiência de pobreza na infância tem repercussões na saúde e no nível socioeconômico na idade adulta que dificilmente podem ser compensadas; perda do direito à atenção à saúde pela população imigrante indocumentada; redução do gasto (2009-2011) do SNS em farmacêuticos (42,5%), capital (38,7%), atenção primária (5,7%) e vigilância em saúde (35,2%); aumentou-se notadamente a lista de espera para atenção do SNS; introdução de copagamentos para fármacos; desfinanciamento de um conjunto de 400 medicamentos para agravos de menor gravidade; o copagamento produziu uma queda enorme na dispensação de receitas pelas farmácias; aumento do tempo de espera para intervenções cirúrgicas;</p>
--	--	---

		<p>acrécimo de pessoas com seguro privado de saúde; introdução de uma lista de serviços não cobertos pelo SNS; a lista de espera para cirurgias eletivas cresceu 43%, com um aumento de 21% nos dias de espera (2009-2012); diminuição do consumo contínuo de álcool, com exceção do consumo intensivo, e de drogas ilícitas; pequeno aumento de sobrepeso/obesidade; incremento de 2% no índice da população que não faz nenhum exercício.</p>
--	--	---

Fonte: BORGES, Fabiano Tonaco; FERNANDEZ, Luís Andres López; CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa. Políticas de austeridade fiscal: tentativa de desmantelamento do Sistema Nacional de Salud da Espanha e resistência cidadã.

A crise de 2008 mostrou a incapacidade dos Estados de atender às expectativas e interesses da sociedade. Sobre este fato, assim descreve Castells (2018, p. 20): “[...] na raiz da crise de legitimidade política está a crise financeira, transformada em crise econômica e do emprego, que explodiu nos Estados Unidos e na Europa no outono de 2008”.

Os países europeus assumiram as dívidas realizadas inicialmente pelo setor privado, o fazendo para garantir aos credores que no futuro poderiam honrar estes compromissos assumindo políticas de austeridade e gerando um reequilíbrio monetário no contexto do continente antigo.

A questão foi que, ao fazer isso, houve um descontentamento por parte dos nacionais, que não se sentiram responsáveis por essas dívidas assumidas, e mais, o que surgiu foi um sentimento de prejudicialidade pelas políticas de cortes de gastos com políticas públicas e direitos sociais (PINTO; BOAS FILHO; SILVA, 2020).

Ocorre que nesse novo ambiente político-econômico o respeito à soberania estatal depende de uma boa postura de uma nação em relação aos mercados financeiros globais e às organizações internacionais e do cumprimento das regras impostas a estas nações.

Contudo, torna-se quase impossível qualquer tentativa de contestação aos ditames internacionais, pois a relação de dependência econômica e política entre os Estados-nação, formada por uma espécie de pacto internacional, já lhes tirara, quase que automaticamente, a autonomia necessária para tal.

O problema reside no fato de que esta perda da soberania prejudica por demais a relação entre os Estados-nação e seus cidadãos, pois este Estado passa a estar mais preocupado com o sistema internacional do que ao seu próprio povo (PINTO; BOAS FILHO;

SILVA, 2020). Percebe-se uma violação da soberania no âmbito externo que acaba por refletir e gerar consequências na soberania interna.

Streck ainda descreve este fenômeno de maneira mais incisiva, em que a governança internacional desconfigura a soberania de uma nação, mascarando toda a situação como se fosse o exercício da “diplomacia”. Assim descreve Streck (2018, p. 139):

É deslegitimada como oportunidade para fazer dívidas à custa de outros países, muitas vezes com a aprovação dos povos dos Estados obrigados à cobertura comunitarizada das dívidas, e abolida em prol das agências de disciplina, surdas à democracia – não só nos Estados sobre-endividados, mas, em geral, invocando-se valores como a solidariedade internacional e a superação pacífica do nacionalismo, por meio da integração supranacional.

Manuel Castells (2018, p. 19) enfatiza que “[...] quanto mais o Estado-nação se distancia da nação que ele representa, mais se dissociam o Estado e a Nação, com a consequente crise de legitimidade na mente de muitos cidadãos, mantidos à margem de decisões essenciais para sua vida, tomadas para além das instituições de representação direta”. Desta forma, o autor explica que “[...] o Estado-nação entra em crise por sua tensão interna entre ser no mundo das redes globais, nas quais se decide o destino de seus povos, e representar seus cidadãos” (CASTELLS, 2018, p. 94).

Diante do exposto, percebe-se uma crise de legitimidade motivada, neste caso, por fator externo, qual seja o econômico, em que há uma dificuldade do Direito Constitucional em cumprir as funções que historicamente foram atribuídas ao Constitucionalismo e, em particular, canalização dos conflitos sociais mediante a articulação do pluralismo e a construção de acordos políticos e consensos constitucionais.

Entretanto, não são apenas fatores financeiros externos que fazem gerar a crise de legitimação e que repercutem no Constitucionalismo como um todo. Deve-se atentar para o fator econômico interno também como causa de erosão do Constitucionalismo contemporâneo. Será analisado neste momento o fator econômico interno como mais uma das causas que contribuem para a crise de legitimidade dos Estados.

Para Canotilho, a crise de representatividade e legitimação enfrentada atualmente no ambiente político-social é fruto do fato de que pouco valem o direito ao voto, o mandato livre, o direito de acesso aos cargos públicos “numa sociedade política varrida pelo tráfico de influências, o clientelismo e a corrupção” (CANOTILHO, 2008, p. 120).

A autora Sandra Cureau apresenta o caso brasileiro como forma de corroborar com o pensamento de Canotilho. Ela apresenta a forma de como são financiadas as campanhas eleitorais no Brasil. Neste contexto, o financiamento por grandes empresas faz com que tanto

os eleitos para cargos do Executivo quanto para cargos do Legislativo defendam os interesses do empresariado que arcou com os custos de sua eleição (CUREAU, 2015).

Assim leciona Alice Kanaan (2012, p. 298):

Não se pode falar em democracia representativa plena quando os representantes eleitos desenvolvem suas atividades político-partidárias voltadas a atender os interesses de alguns poucos grupos, desviando-se das várias necessidades observadas no seio da comunidade política, o que fere o princípio pluralista inscrito no texto constitucional. A desigualdade eleitoral, provocada pela força do dinheiro decorrente dos grandes investidores ou das elites, ou seja, de fontes dominadoras, dependentes e comprometidas pela troca de favores, faz com que os partidos políticos ou candidatos acabem assumindo compromissos futuros com esses poderosos agentes do mercado ou grupos de interesse, refletindo uma atuação política à margem da legalidade.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em seminário sobre Reforma Política, defende que “[...] a conjugação de campanhas milionárias e financiamento privado tem produzido resultados desastrosos para a autenticidade do processo eleitoral e para a transparência das relações entre o Poder Público e os agentes econômicos”¹.

De fato, percebe-se uma desigualdade relevante, em que poucos empresários influenciam no processo eleitoral e o eleitor fica em segundo plano no processo, violando o princípio da soberania popular, que destina o poder decisório ao eleitor (CUREAU, 2015).

Com isso, a sociedade não se sente representada pelos partidos políticos e pelos eleitores, visto que as propagandas eleitorais destoam dos ideais matrizes dos partidos para se identificar com o trabalho de marqueteiros políticos, que constroem candidatos, sem que seja possível saber o que realmente pensam, buscam ou pretendem concretizar se eleitos forem (CUREAU, 2015).

Nesta medida, o nível de representatividade também se torna comprometido, na medida em que os interesses dos grandes investidores e até dos próprios partidos políticos se sobressaem sobre os anseios sociais. Peter Irons chega a chamar de mito a ideia de que as leis que são elaboradas por estes grupos traduziriam a “vontade da maioria” (CUREAU, 2015).

Esta seria uma postura ativa destes políticos que desvirtuariam o objetivo da lei editada, mas é possível analisar um outro viés do mesmo fenômeno. De outro lado, a omissão legislativa tem sido responsável pela ausência de concretização dos objetivos constitucionais (CUREAU, 2015).

1 BARROSO, Luís Roberto. **A Reforma Política**: Uma Proposta de Sistema de Governo, Eleitoral e Partidário para o Brasil. Disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/3156635/mod_resource/content/1/Texto%20Barroso%20Sistema%20de%20Governo%2C%20eleitoral%20e%20partid%C3%A1rio.pdf. Acesso em 11 de ago. 2020.

Conforme observa André Puccinelli Júnior, “[...] por entrever na inércia das casas legislativas um pernicioso processo de corrosão dos valores tutelados pelo constituinte, esta inversão no pensamento jurídico tradicional prenuncia o último estágio de afirmação da supremacia constitucional” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 134-135.).

As normas constitucionais têm esbarrado em dificuldades de ordem prática, tanto pela ação quando pela inércia dos parlamentares, que impedem a concretização de seus valores, gerando uma crise de representatividade.

Segundo o cientista social Homero de Oliveira Costa *apud* Sandra Cureau (2015, p. 34), “uma certeza é a de que vivemos uma crise de legitimidade das instituições e um profundo mal-estar com a democracia no país”.

A autora Sandra Cureau, interpretando a obra de Homero de Oliveira Costa, assim comenta:

Existe assim uma crise da própria democracia representativa. Essencialmente, os cidadãos não se sentem representados nem pelos partidos e muito menos pelos governos. Uma crise da representação política, visível na descrença e desqualificação do parlamento, dos partidos e dos políticos, especialmente entre os jovens (CUREAU, 2015, p. 50).

Apresentando a crise de representatividade como uma das crises do Constitucionalismo contemporâneo, este autor pede a devida *vênia* para tecer breves comentários quanto a uma possível causa da crise do Constitucionalismo proposta por Georges Abboud, encontrada na realidade brasileira, mas que pode ser projetada para um melhor entendimento do que seja a erosão do Constitucionalismo: a desvalorização da Constituição.

Abboud (2015) defende que o argumento constitucional no Brasil tem prevalecido apenas quando útil. Para o autor, há uma cultura enraizada no Brasil de que a Constituição somente vale quando nos interessa, ou ainda que quando há algo errado a culpada é a Constituição.

O autor demonstra que em todo momento em que há turbulências políticas e sociais a alternativa encontrada é sempre fazer uma nova constituinte. Daí se tira um paradoxo: uma Constituição que garante a liberdade de manifestações dá espaço para levantar o couro de derrubada da própria Constituição que lhe garantiu este direito (ABBOUD, 2015).

2.3 CONCLUSÕES PARCIAIS

Este capítulo procurou fazer com que o leitor compreenda a abrangência da crise do Constitucionalismo contemporâneo. Para tanto, buscou-se subsídios para a compreensão das origens destas crises, identificando os fatores que contribuíram para estas crises.

Viu-se a necessidade de realizar uma digressão conceitual e histórica do Constitucionalismo para a compreensão do que está se analisando. Também foram apresentados conceitos que fazem parte da estrutura do Estado. Elegeu-se conceitos bases do que seria a Constituição normativa, o princípio da igualdade formal e material, legitimidade e soberania.

A primeira crise do Constitucionalismo analisada foi a financeira. Esta crise foi analisada na sua perspectiva externa, motivada pela crise econômica de 2008.

Esta crise fez com que muitos países europeus tivessem que realizar alterações em seus direitos sociais e ensejaram descontentamento entre seus nacionais. Neste tópico focou-se na erosão dos valores constitucionais e normativos.

A segunda crise do constitucionalismo também não deixa de ser uma crise embasada em fatores econômicos, mas foi analisada a questão da legitimidade e representatividade do Estado. O abalo na legitimidade e representatividade dos Estados foi descrita em seu aspecto externo no momento em que o Estado-nação passa a se submeter a medidas impostas por blocos econômicos supranacionais, distanciando-se das pretensões sociais da sua população.

Quanto ao seu aspecto interno, frisou-se no financiamento das eleições de representantes que são realizadas por uma classe de empresários que representam uma parcela muito pequena da população e fazem com que os políticos eleitos editem leis que defendam os interesses desses grupos ou ainda que estes mesmos representantes eleitos se omitam em temas constitucionais importantes que necessitam de regulamentação.

Ainda foi tecido um breve comentário sobre a cultura de desvalorização da Constituição. A Carta Magna passa a ser utilizada pelos agentes públicos apenas quando conveniente for para seus interesses.

Estes fatores constroem um distanciamento entre os representantes e os representados, o que faz com que a sociedade desenvolva um sentimento de desconfiança em relação à política e ao governo.

Por fim, fala-se na crise comunicativa, em que as redes sociais e a tecnologia estão corroendo o espaço público. O ambiente virtual cria polarização e radicalismo, potencializando movimentos antidemocráticos. Este cenário dificulta um debate racional que permita a realização de acordos políticos e de consensos constitucionais.

Diante deste contexto, busca-se alternativas para resgatar a legitimidade do Constitucionalismo. Para tanto, este autor realizará investigação na filosofia política, mais especificadamente na Teoria da Justiça e no Liberalismo Político proposto por John Rawls. Abordada sua doutrina, serão retirados elementos que podem contribuir para a construção de um Constitucionalismo com alternativa para as crises contemporâneas. O próximo capítulo abordará o contexto em que a ideologia de Rawls surgiu e seus principais elementos definidores.

3 ELEMENTOS DAS TEORIAS DE RAWLS

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES

Percebe-se que o Estado cresceu de uma forma que acabou por minimizar o indivíduo, e despendendo pouco interesse em princípios de liberdade e igualdade. Esse problema foi percebido por Rawls. O autor defende os princípios da liberdade e da igualdade como centrais no sistema jurídico, e o “Princípio da justiça como equidade” como fundamento de qualquer instituição social (LIMA, 2019).

O conceito de liberalismo político leva em conta a moral e a política de um povo para a implementação do conjunto de liberdades básicas (direito de ir e vir, crença livre, voto etc.), não se reduzindo meramente a um sistema de defesa de liberdades econômicas. A finalidade do pensamento de Rawls é planejar um modelo no qual liberdade e igualdade consigam conviver em uma sociedade cada vez mais plural e de conceitos abstratos (LIMA, 2019).

O objetivo último é garantir a todos o direito de se expressar e de crer naquilo que cada qual decide, sem esquecer que o fim das instituições é garantir a oportunidade de progresso moral e material a todos. Tenta-se aproximar o cidadão do Estado (LIMA, 2019).

O que Rawls procura não é a definição do que é justo por um juiz ou um soberano, mas um processo de justificação do justo em que qualquer cidadão o realizando chegará ao justo, método que permite englobar as “minorias” (LIMA, 2019).

Rawls transforma a justiça de um saber de poucos virtuosos em um procedimento democrático acessível a todos. A ideia era sustentar a concepção de valores prévios de cada pessoa, por meio do famoso “véu da ignorância”. Ele reacende a filosofia política com a ideia de um “contrato público”, que forma uma sociedade com fins de promover a justiça social e a liberdade política do cidadão (LIMA, 2019).

Em *Uma Teoria da Justiça* Rawls retoma a liberdade associada à igualdade. Nesta obra, ele apresenta um programa de justiça aplicável para uma sociedade democrática, cujos valores centrais definidores do justo são a liberdade e a igualdade. Ele frisa principalmente a necessidade de uma teoria da distribuição de bens com fins sociais, de bens primários (aqueles necessários para a sobrevivência imediata) e secundários (os que servem para os indivíduos se desenvolverem integralmente) (LIMA, 2019).

Em *O Liberalismo Político*, há uma defesa de uma democracia sustentada na promoção da igualdade. Nela coloca-se a possibilidade de resolver conflitos políticos por meio do tribunal constitucional, decidindo pela efetivação dos direitos constitucionais que promovam a igualdade dos cidadãos. O liberalismo não pode ser mais tão abrangente como os liberais “clássicos” defendiam (uma liberdade universal e padronizada para todos) (LIMA, 2019).

3.2 O PROJETO DE RAWLS

3.2.1 Resposta ao Intuicionismo e Utilitarismo

Rawls fala que a teoria política tinha dois extremos: o utilitarismo, por um lado, e uma mixórdia incoerente de ideias e princípios. E uma segunda abordagem, o “intuicionismo”, que era uma série de anedotas baseadas em intuições específicas a respeito de questões específicas (KYMLICKA, 2006).

O utilitarismo, na sua formulação mais simples, afirma que o ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produz maior felicidade para os membros da sociedade. O foco dessa teoria aqui não será moral, mas sim político. Nessa visão, os princípios utilitários aplicam-se ao que Rawls chama “a estrutura básica” da sociedade, não à conduta pessoal dos indivíduos. Há doutrinadores nos dois polos, os que defendem ferozmente e os que rejeitam ferozmente (KYMLICKA, 2006).

Kymlicla (2006) destaca duas características do utilitarismo. A primeira, o objetivo que os utilitários buscam promover não depende da existência de Deus, de um espírito ou de qualquer entidade metafísica dúbia. É possível acreditar no utilitarismo sem basear-se em crenças metafísicas. Os utilitaristas simplesmente exigem que essa busca do bem-estar humano ou utilidade (usarei estes termos como intercambiáveis) seja feita imparcialmente, para todos na sociedade.

Outra característica do utilitarismo é o “consequencialismo”. O consequencialismo requer que verifiquemos se o ato ou procedimento em questão realmente faz algum bem identificável ou não. É quando se diz que algo é ruim, então ele, conseqüentemente, é prejudicial a quem? Da mesma forma o consequencialismo diz que uma forma só é moralmente boa se tornar melhor a vida de alguém (KYMLICKA, 2006).

O consequencialismo também é atraente porque se conforma a nossas intuições a respeito da diferença entre moralidade e outras esferas. Se alguém considera que certos tipos de atividade sexual consensual moralmente errados por que são “inadequados” e, contudo, não consegue apontar ninguém que seja prejudicado por eles, então, pode-se responder que a ideia de conduta “adequada” que está sendo empregada não é uma ideia moral. Uma crítica estética ou um juízo estético é diferente de um juízo moral (KYMLICKA, 2006).

O consequencialismo tenta resolver questões morais. Em vez de aceitar um padrão específico ou uma ideia de moralidade, ele questiona esse padrão e, por vezes, o derruba, já que determinadas respostas morais não respondem aos prejuízos que possam vir a causar. O utilitarismo, neste viés, se mostra progressista (KYMLICKA, 2006).

Os dois atrativos do utilitarismo é que ele se amolda à nossa intuição de que o bem-estar humano tem importância e à nossa intuição de que as regras morais devem ser testadas.

O utilitarismo pode ser decomposto em duas partes: (a) Descrição do bem-estar humano ou utilidade; (b) Uma instrução para maximizar a utilidade, assim definida, dando igual peso à utilidade de cada pessoa (KYMLICKA, 2006).

A crítica ao uso “aritmético” das utilidades é que (1) ela exclui as obrigações especiais que temos com pessoas especiais e (2) inclui preferências que não deviam ser consideradas (KYMLICKA, 2006).

Para Kymlicka (2006), Rawls descreve a justiça de uma forma e os utilitários descrevem a justiça de outra forma. Para Rawls é uma característica definidora de nossa percepção de justiça os interesses que exijam a violação da justiça não ter nenhum valor e, portanto, a presença de preferências ilegítimas não pode distorcer nossos direitos mútuos. As preferências inequitativas nunca entram no cálculo social e os direitos das pessoas são assegurados contra as exigências irrazoáveis dos outros. Já para os utilitários nenhuma restrição fundada sobre direito e justiça é imposta aos fins pelos quais a satisfação deve ser alcançada.

A alternativa do intuicionismo também era insatisfatória, pois não conferiam um sentido a estas intuições. Rawls destaca as seguintes características do intuicionismo: (a) a pluralidade de primeiros princípios é tão grande que pode dar diretrizes contrárias em tipos

específicos de casos; (b) não inclui nenhum método específico, nenhuma regra de prioridade, ou quando há regras estas são triviais demais (KYMLICKA, 2006).

São insatisfatórios, pois quando entram em conflitos em questões específicas não propõem soluções. Esta é a proposta de Rawls, organizar a prioridade destes princípios para propor uma solução quando do surgimento de preceitos conflitantes (KYMLICKA, 2006).

Will Kymlicka destaca que a importância de Rawls não vem de uma definição específica de sua teoria como solução de convergência da teoria política, mas sim pelo fato de os posteriores pensadores se basearem na teoria de Rawls para explicar as suas teorias (KYMLICKA, 2006).

3.2.2 Os princípios fundamentais de Rawls

Os princípios da justiça aqui tratados serão os princípios direcionados a um sistema político de regras que definem os cargos e posições com seus direitos e deveres, poderes e imunidades etc. Não se aplicará a circunstâncias particulares e ações contingenciais de pessoas.

A “concepção geral de justiça” de Rawls é composta de uma ideia central, conforme a interpretação de Paranhos:

Segundo ele, todos os valores sociais, tais como liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases do autorrespeito (que são para ele os bens primários sociais essenciais), devem ser distribuídos igualmente, a não ser que a distribuição desigual de um ou de todos esses valores seja feita para o benefício de todos. Para ele, portanto, injustiça é simplesmente desigualdade que não serve ao bem de todos” (PARANHOS, 2018, p. 1005).

Se certas desigualdades beneficiarem todo o mundo, ao extraírem talentos e energias socialmente úteis, então elas serão aceitáveis para todos. As desigualdades são permitidas se aumentam minha parcela inicialmente igual, mas não são permitidas se, como no utilitarismo, elas invadem a minha parcela equitativa (KYMLICKA, 2006).

A concepção em sentido amplo de justiça proposta por Rawls é formada por dois princípios de justiça, mas que podem ser decompostos em três partes: Primeiro princípio – Cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema total mais extenso de liberdades básicas que sejam compatíveis com um sistema de liberdades similar para todos. Segundo princípio – As

desigualdades sociais e econômicas (de autoridade ou de riqueza, por exemplo) devem ser ordenadas de modo que sejam (princípio da diferença): (a) para o maior benefício dos que têm menos vantagens/ aos menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa; e (b) vinculadas a cargos e posições abertas a todos sob condições de igualdade de oportunidades equitativas (OLIVEIRA, 2015, p. 30).

Destaque-se que há uma ordem lexicográfica em relação aos princípios da justiça de Rawls. A primeira regra de prioridade (prioridade da liberdade) é a que os princípios da justiça devem ser hierarquizados na ordem léxica e, portanto, a liberdade só pode ser restringida em nome da liberdade. A segunda regra de prioridade (prioridade da justiça ente a eficiência e o bem-estar) é que o segundo princípio de justiça é lexicamente superior ao princípio da eficiência e ao princípio de maximizar a soma das vantagens, e a oportunidade equitativa é anterior ao princípio da diferença (OLIVEIRA, 2015, p. 30-31).

É esclarecedor informar que a necessidade desta ordenação serial decorre do fato de que outras teorias elegem um único princípio como prioritário, enquanto que a concepção de justiça como equidade apresenta dois princípios, exigindo apresentar uma relação bem definida de ponderação entre os dois princípios (OLIVEIRA, 2015).

Nythamar Oliveira (2003, p. 18-19) escreve sobre as regras de prioridade tratadas por Rawls:

Tal prioridade traduz decerto a chamada primazia do justo sobre o bem, características de modelos deontológicos (modo do dever), em contraposição a modelos teleológicos e utilitaristas (éticas das virtudes e morais hedonista). Segundo Rawls, os princípios devem ser ordenados em uma série lexicográfica (léxica ou lexical). A ordenação lexicográfica satisfaz completamente um primeiro princípio antes de ser aplicada aos subsequentes, como, por exemplo, numa lista telefônica (ordem alfabética) ou num sistema de ordenação dos livros de biblioteca (catalogação). Assim, a inviolabilidade das liberdades individuais está assegurada acima de todos os ajustes sociais envolvendo questões de oportunidades e desigualdades, de forma a evitar o sacrifício de indivíduos.

As liberdades iguais têm precedência sobre a igual oportunidade, que tem precedência sobre os recursos iguais. Em resumo: uma desigualdade só é permitida se beneficia os que se encontram em pior situação.

Para Rawls, o primeiro princípio é formado por uma lista de liberdades que devem ser iguais a todos. Estas liberdades são a liberdade política (o direito ao voto e a exercer cargo público), a liberdade de expressão e reunião, a liberdade de consciência e de pensamento, a liberdade individual, que abrange a proteção contra a opressão psicológica, a agressão e a mutilação (integridade das pessoas), bem como o direito à propriedade e à garantia contra o

encarceramento e detenção arbitrários, baseados no conceito de Estado de Direito (FRANÇA JÚNIOR, 2017).

De acordo com Rawls, as liberdades básicas e sua prioridade devem, principalmente, garantir a todos os cidadãos as condições sociais essenciais para o desenvolvimento adequado e para o exercício completo e informado das duas faculdades morais, o senso de justiça e uma concepção do bem, respectivamente associados aos casos fundamentais: o primeiro está ligado à capacidade de ter um senso de justiça e se refere à aplicação dos princípios de justiça à estrutura básica da sociedade e às suas políticas sociais. O segundo caso está ligado à capacidade de ter uma concepção do bem e se refere à aplicação dos princípios da razão deliberativa para guiar nossa conduta durante toda a nossa vida (a liberdade de consciência e a liberdade de associação intervêm aqui) (DANNER, 2008). Segundo Rawls (2000, 321-322):

Os cidadãos são considerados como detentores das duas faculdades morais; e os direitos e as liberdades básicas de um regime constitucional devem garantir a todos a possibilidade de desenvolver essas faculdades e de exercê-las sem entraves durante sua vida. Tal sociedade deve, igualmente, fornecer aos cidadãos meios polivalentes apropriados (por exemplo, os bens primários da renda e da riqueza). Em circunstâncias normais, podemos, então, supor que essas faculdades morais serão desenvolvidas e exercidas no âmbito de instituições que garantam a liberdade política e a liberdade de consciência, com sua efetivação se apoiando nas bases sociais do respeito mútuo.

O segundo princípio da justiça é dividido em duas partes. A primeira delas corresponde ao que Rawls (1999) designa como “equitativa igualdade de oportunidades” (*fair equality of opportunity*), e a segunda ao princípio da diferença (*difference principle*).

A proposta central da igualdade equitativa de oportunidades é que,

Em todos os setores da sociedade, deveria haver, de forma geral, iguais oportunidades de cultura e de realização para todos os que são dotados e motivados de forma semelhante. As expectativas daqueles com as mesmas habilidades e aspirações não devem ser afetadas por sua classe social (RAWLS, 2002a, p. 77).

E complementa:

A igualdade equitativa de oportunidades exige não só que cargos públicos e posições sociais estejam abertos no sentido formal, mas que todos tenham uma chance equitativa (sic) de ter acesso a eles. Para especificar a idéia (sic) de chance equitativa (sic), dizemos: supondo que haja uma distribuição de dotes naturais, aqueles que têm o mesmo nível de talento e de habilidade, bem como a mesma disposição para usar esses dons, deveriam ter as mesmas perspectivas de sucesso, independentemente de sua classe social de origem, a classe em que nasceram e se desenvolveram até a idade da razão. Em todos os setores da sociedade, deve haver praticamente as mesmas perspectivas de cultura e de realização para aqueles com motivação e com dotes semelhantes (JE, §13, pp. 61-62).

O princípio de diferença, segundo Rawls, procura responder quais os princípios que pessoas morais, livres e iguais devem adotar para legitimar as desigualdades econômicas e

sociais. A resposta apresentada é que as desigualdades existentes devem beneficiar os menos favorecidos, não sendo assim, tratar-se-á de uma injustiça (DANNER, 2008).

Rawls (2002a, p. 69) assim esclarece este princípio:

O segundo princípio insiste que cada pessoa se beneficie das desigualdades permissíveis na estrutura básica. Isso significa que cada homem representativo definido por essa estrutura, quando a observa como um empreendimento em curso, deve achar razoável preferir as suas perspectivas atuais às suas perspectivas sem ela.

De acordo com a ideia de igualdade entre os cidadãos, Rawls afirma que as desvantagens ou a supressão da liberdade de uns não podem ser justificadas por maiores vantagens de outros (DANNER, 2008).

Rawls (2002a, p. 69) afirma que:

Não se permite que diferenças de renda ou em posições de autoridade e de responsabilidade sejam justificadas pela alegação de que as desvantagens de uns em uma posição são compensadas pelas maiores vantagens de outros em posições diferentes. Muito menos ainda podem infrações à liberdade ser contrabalançadas desse modo.

O princípio de diferença não autoriza desigualdades econômicas elevadas, pois, segundo o filósofo americano, se assim acontecer, o princípio em tela será deturpado. A riqueza elevada, conjugada com grandes desigualdades sociais, transforma o poder político em instrumento de opressão e destrói a cooperação social baseada na amizade e no respeito mútuo. Aliás, o acúmulo elevado de propriedade e de capital só se dá por meio da expropriação e da exploração (DANNER, 2008). Este é o princípio da diferença.

3.2.3 A posição original, o equilíbrio reflexivo e o véu da ignorância

Neste tópico serão examinados alguns dos elementos centrais presentes em *Uma Teoria da Justiça*, a saber, a posição original, o equilíbrio reflexivo e o véu da ignorância. Todavia, antes de se adentrar na descrição dos elementos da obra de Rawls, faz-se necessário uma apresentação do que vem a ser o contratualismo.

O contratualismo é uma teoria política e filosófica baseada na ideia de que existe uma espécie de pacto ou contrato social que retira o ser humano de seu estado de natureza e coloca-o em convivência com outros seres humanos em sociedade. Teóricos como Hobbes, Locke, Kant e Rousseau utilizaram a mesma técnica contratual (PORFÍRIO, 2020).

A ideia de um contrato social parte do princípio de que a sociedade é estabelecida em comum acordo para que um certo fim seja alcançado. O contrato social é o momento em que

o ser humano deixa de viver como um ser natural e passa a viver como um ser que se destaca da natureza, criando suas próprias leis, sua moral, seus costumes e um conjunto de instituições para que a convivência seja mais harmônica (PORFÍRIO, 2020).

Rawls retoma a tradição contratualista, no entanto, procura apresentá-la de maneira mais incrementada. Para isso, fará uso da posição original amparado pelo véu de ignorância. Portanto, é nesse diapasão que Rawls busca apresentar sua ideia de contrato (ARAÚJO, 2014).

O filósofo norte-americano descreve como vem a ser este pacto:

Um contrato social é um acordo hipotético a) entre todos, e não apenas entre alguns membros da sociedade, e b) entre todos na condição de membros da sociedade (como cidadãos), e não na condição de indivíduos que nela ocupam uma posição ou desempenham um papel particular. Na versão kantiana dessa doutrina, que denomino “justiça como equidade”, c) consideram-se as partes contratantes como pessoas morais livres e iguais e d) o conteúdo do acordo consiste nos princípios primeiros que devem regular a estrutura básica (RAWLS, 2011, p. 306).

Rawls tenta aprimorar a teoria contratualista na qual ele apresenta não uma situação de estado de natureza, mas uma situação pré-social de consciência dos membros em que os mesmos escolhem os princípios de justiça em uma posição original hipotética (estado de natureza é diferente de posição original). No estado de natureza é injusto por haver pessoas com talentos pessoais que possibilitam mais poder de barganha (KYMLICKA, 2006). Na posição original, as pessoas estão por trás de um “véu de ignorância” (situação em que ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua posição de classe ou de status social, nem conhece sua fortuna na distribuição dos bens e habilidades naturais, inteligência, força etc., não conheçam suas concepções de bem nem suas propensões psicológicas especiais) (KYMLICKA, 2006).

O filósofo de Harvard relaciona a posição original com o contratualismo no momento em que a situação original de igualdade corresponde ao estado de natureza da teoria tradicional do contrato social. Essa situação original não é, naturalmente, tida como situação histórica real, muito menos como situação primitiva da cultura, mas sim uma situação puramente hipotética, assim caracterizada para construir a concepção de justiça defendida pelo autor. Disso, pode-se deferir que a posição original é um artifício representativo correspondente ao estado de natureza da teoria do contrato social e com a individuação de hipotética (ARAÚJO, 2014).

Após se interligar a ideia de constitucionalismo como base para a construção do elemento da posição original, vale-se apresentar uma definição. Nythamar conceitua o que vem a ser posição original:

A posição original (original position) é a situação hipotética na qual as partes contratantes (representando pessoas racionais e morais, isto é, livres e iguais) escolhem, sob um “véu de ignorância” (veil of ignorance), os princípios de justiça que devem governar a “estrutura básica da sociedade” (basic structure of society) (OLIVEIRA, 2003, p. 14).

A posição original é o *status quo* inicial apropriado à elaboração de consensos equitativos quando pessoas racionais, nessa situação inicial, escolhem seus princípios para o papel de justiça ao invés dos presentes em outras concepções de justiça (OLIVEIRA, 2015).

A escolha dos princípios da justiça pressupõe circunstâncias determinadas. Pablo Camarço elenca algumas dessas restrições: (a) ninguém deve ser beneficiado ou prejudicado pela sorte natural ou pelas peculiaridades das circunstâncias sociais em que está imerso o indivíduo; (b) é impossível adaptar princípios às condições de um caso pessoal; (c) inclinações e aspirações particulares e concepções individuais de bem não devem afetar os princípios adotados (OLIVEIRA, 2015). Exclui-se o conhecimento de algumas contingências que criam disparidades entre os homens. Com isso, chega-se ao véu da ignorância.

O objetivo das restrições é “[...] representar a igualdade entre os seres humanos como pessoas éticas, como criaturas que têm uma concepção de seu próprio bem e que são capazes de ter um senso de justiça” (RAWLS, 2002a, p. 21). Com isso, Rawls chega à seguinte conclusão:

Juntamente com o véu de ignorância, essas condições definem os princípios da justiça como sendo aqueles que pessoas racionais preocupadas em promover seus interesses consensualmente aceitariam em condições iguais nas quais ninguém é consciente de ser favorecido ou desfavorecido por contingências sociais e naturais (RAWLS, 2002a, p. 21).

Pablo Camarço, ao tratar da posição original, ainda faz uma descrição mais adequada ao elemento em análise, dando a ideia de dois polos (RAWLS *apud* OLIVEIRA, 2015, p. 41):

Começamos por descrevê-la de modo que represente condições geralmente partilhadas e preferivelmente genéricas. Observamos então se essas condições têm força suficiente para produzir um conjunto significativo de princípios. Em caso negativo, procuramos outras premissas igualmente razoáveis. Mas em caso afirmativo, e se esses princípios correspondem às nossas ponderadas convicções sobre a justiça, então até este ponto tudo está correto. Deve-se, porém, supor que haverá discrepâncias. Nesse caso temos uma escolha. Podemos ou modificar a avaliação da situação inicial ou revisar nossos juízos atuais, pois **até mesmo os julgamentos que provisoriamente tomamos como pontos fixos estão sujeitos a revisão** (grifo nosso).

É a partir do reconhecimento destes extremos que se pode falar em outro elemento da teoria de Rawls, o equilíbrio reflexivo. Aceitando essa discussão/divergência mencionada no excerto acima quanto aos princípios que se deve escolher, procede-se uma a uma revisão dos juízos e constroem-se julgamentos temporários, que culminam em pontos ainda sujeitos à

revisão. Faz-se este procedimento até se encontrar um equilíbrio (OLIVEIRA, 2015). Conforme descreve Rawls (2002a, p. 23), “Trata-se de um equilíbrio porque finalmente nossos princípios e julgamentos coincidem; e é reflexivo porque sabemos com quais princípios os nossos julgamentos se conformam e conhecemos as premissas das quais derivam”.

O procedimento da posição original não pode ser compreendido estando afastado do procedimento do equilíbrio reflexivo. Denis Coitinho Silveira descreve o que vem a ser o equilíbrio reflexivo proposto por Rawls:

Na justiça como equidade, além de os princípios de justiça serem escolhidos com base nas restrições do véu da ignorância, eles devem corresponder aos juízos ponderados sobre justiça em equilíbrio reflexivo. Se eles não lhes corresponderem, é necessário revisar as restrições na situação contratual até se chegar a um acordo que gere princípios que estejam em equilíbrio reflexivo com os juízos ponderados sobre a justiça. Assim, o dispositivo do contrato deve estar ele próprio em equilíbrio reflexivo com o restante das crenças particulares sobre a justiça. O contrato é um importante instrumento para a construção dos princípios, pois ele auxilia na determinação de quais princípios devem ser escolhidos entre as opiniões divergentes, mas a justificação destes princípios deve derivar do equilíbrio reflexivo entre estes e os juízos ponderados. Esta coerência envolve mais que meramente uma consistência lógica, pois as crenças morais contam para a justificação dos princípios que tenham por base uma teoria moral de fundo (SILVEIRA, 2009, p. 149).

Conforme visto, trata-se de um movimento cíclico constante no qual os princípios escolhidos estão em constante revisão e compatibilidade com as crenças particulares. Este procedimento representa uma tentativa de acomodar tanto os pressupostos filosóficos razoáveis impostos aos princípios quanto os nossos juízos ponderados sobre justiça.

O equilíbrio reflexivo é um processo de justificação público, compreendido como sendo uma forma de adequação da concepção de justiça adequada a uma sociedade bem-organizada e marcada pelo pluralismo razoável, como é a democracia atual. O procedimento de uma justificação pública é baseado em ideias fundamentais contidas na cultura política para formar uma base pública de justificação, que todos os cidadãos (caracterizados como racionais e razoáveis) podem endossar apoiados em suas doutrinas abrangentes (concepções filosóficas, religiosas, morais) (SILVEIRA, 2009).

Para Rawls, as faculdades da razão e do senso de justiça são desenvolvidas ao longo das ações cotidianas da vida prática. À medida que estas faculdades são desenvolvidas juízos ponderados são proferidos. Estes juízos podem estar em desacordo e, nestes casos, será necessária uma revisão para se chegar a um acordo razoável sobre a justiça política (SILVEIRA, 2009). Este é o equilíbrio reflexivo.

Apresentadas as ideias de posição original e de equilíbrio reflexivo, passa-se agora a tratar do véu da ignorância. De forma introdutória e resumida, o véu da ignorância é um recurso hipotético limitativo aplicado à posição original durante a eleição dos princípios da justiça em que os participantes da escolha destes princípios não saberão qual posição ocuparão na sociedade. Vale ressaltar que alguns fatores não são excluídos pelo véu da ignorância. Dentre eles pode-se destacar as relações políticas e os princípios da teoria econômica, a base da organização social e as leis que regem a psicologia humana (OLIVEIRA, 2015).

Pablo Camarço apud Oliveira descreve de maneira seminal o que vem a ser o véu da ignorância:

Assim, visando anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em situação de disputa – e que os inclina a explorar as circunstâncias naturais sociais em seu próprio benefício –, Rawls determinou que as partes presentes na posição original – enquanto representantes hipotéticos de pessoas morais racionais – não conhecem certos tipos de fatos particulares. Primeiramente, ninguém sabe seu lugar na sociedade, sem sua posição de classe ou status social; além disso, ninguém sabe sua própria sorte na loteria da distribuição arbitrária dos dotes naturais e habilidades como inteligência e força. Em segundo lugar, ninguém conhece suas próprias concepções de bem e as particularidades de seu plano de vida racional, e nem mesmo os traços de sua psicologia, a exemplo de uma postura mais otimista e perseverante ou pessimista. As partes também não conhecem os traços de sua própria sociedade, aí incluindo detalhes como nível de produção econômica ou cultural e posição política, ou até mesmo os talentos que são por ela mais valorizados por meio de maiores recompensas. As pessoas não sabem a que geração pertencem (OLIVEIRA, 2015, p. 43).

Rawls elenca circunstâncias em que a cooperação social é tanto possível quanto necessária. Estas circunstâncias podem ser objetivas e subjetivas. As circunstâncias objetivas são aquelas que são comuns a certos indivíduos em um espaço geográfico definido, como características físicas e mentais semelhantes, por meio das quais cada um é vulnerável a ataques e sujeito a ver frustrações de seus planos na eventualidade de uma união de forças. Já as circunstâncias subjetivas são os próprios planos de vida ou concepções de bem dignos de reconhecimento de cada parte (OLIVEIRA, 2015).

O conceito do véu de ignorância tenta tornar vívida a ideia de que as outras pessoas têm importância em si e por si, não simplesmente como componentes de nosso próprio bem. Fazer isso, porém, impondo uma perspectiva a partir da qual o bem dos outros é simplesmente um componente do nosso próprio bem (KYMLICKA, 2006).

Neste tópico, foram apresentados três elementos da teoria de Rawls que estão entrelaçados no mesmo ponto de partida para a construção de sua teoria. Superados estes

conceitos, será tratado do pluralismo, do consenso sobreposto, e suas figuras acessórias que o cercam.

3.2.4 O pluralismo e o consenso sobreposto

Este tópico tratará de dois elementos da doutrina do professor norte-americano que estão também interligados. Eles são o pluralismo e o consenso sobreposto. Iniciar-se-á com a apresentação do que vem a ser o pluralismo.

Citando o filósofo em estudo, “Uma sociedade democrática moderna se caracteriza por uma pluralidade de doutrinas abrangentes, religiosas, filosóficas e morais” (RAWLS, 2002a, p. 24), percebe-se, de pronto, que o multiculturalismo é uma das características que fazem parte do cerne da sociedade democrática moderna.

Cada cidadão carrega em sua pessoa concepções religiosas, filosóficas e morais. A sua existência enseja uma sociedade mais justa e de maior liberdade. Cercear o pluralismo é tolher o homem do exercício de sua liberdade e substituí-la pelo uso opressivo do poder do Estado (DANNER, 2010).

Diante deste quadro, Rawls levanta uma questão: como elaborar uma concepção de justiça social em uma sociedade democrática plural? Uma concepção de justiça social envolve os sistemas políticos e econômicos e cooperação social. Estas exigem uma base comum para lhes regerem (DANNER, 2010).

Para responder a esta pergunta, deve-se apresentar alguns pontos. O primeiro é que Rawls relaciona ao pluralismo que ele é um fato definitivo, não provisório. Ele é uma consequência natural do desenvolvimento da razão humana e não pode ser descartado, a não ser pela opressão e violência. Uma concepção será legítima se for fruto de um consenso entre todas as doutrinas, mesmo as contrárias. Um segundo ponto é que o poder político de uma sociedade democrática é de todos os cidadãos e cada um tem uma parcela deste poder, mesmo que apenas na teoria. A concepção de justiça social elegida deve ser construída com a participação de todos estes e se torna legítima no momento em que consegue o apoio unânime e inquestionável de cada um (DANNER, 2010).

Percebe-se que há um ponto de intercessão dos cidadãos nestas sociedades democráticas. Não importa suas crenças pessoais ou seu poder econômico, todos estão subordinados às mesmas determinações e percebem a mesma atenção. Todos os cidadãos estão unidos em torno de uma constituição política e de leis, portanto, ideias políticas (DANNER, 2010).

Catherine Audard explica o que seriam essas ideias políticas propostas por Rawls:

Rawls não faz desaparecer o conceito do político, mas sim tenta adaptá-lo ao que chama de ‘o fato do pluralismo’ ou, como poderíamos dizer, do multiculturalismo, destacando o campo do político do campo das doutrinas filosóficas, morais ou religiosas particulares (que tiveram a tendência de querer dominá-lo), sem, contudo, o identificar, como certos representantes do liberalismo o fizeram, com um conjunto de trocas puramente instrumentais e ‘neutras’ do ponto de vista moral (AUDARD, 2000, p.XIII).

O próprio Rawls nos explica essa sua pretensão também:

O liberalismo político afirma, portanto, que há um domínio específico do político [...]. Conceber o político como um domínio específico nos permite dizer que uma concepção política que formula seus valores básicos característicos é uma visão autônoma. Isso significa duas coisas: primeiro, que se destina a ser aplicada, antes de tudo, apenas à estrutura básica da sociedade; segundo, que formula os valores políticos característicos sem recorrer ou mencionar valores não-políticos independentes (RAWLS, 2003, p. 160-161).

Para Rawls (2003, p. 161) o campo político dentro da concepção de sociedade justa é um elemento para que “possa ser objeto de um consenso sobreposto, isto é, para que ela possa obter o apoio pelo menos das doutrinas razoáveis que perduram e que ganham adeptos ao longo do tempo”. Daí se chega a outro elemento da teoria de Rawls: o consenso sobreposto.

A ideia de um consenso sobreposto surgiu em 1987 com o artigo *A ideia de um consenso por justificação*, na qual Rawls busca rebater as objeções de sua abordagem vista pelos críticos apenas como um *modus vivendi*. Neste artigo, ele reconhece as instituições da sociedade e suas interpretações possuem um plano de fundo de ideias e de princípios implicitamente compartilhados. Este compartilhamento desenvolvido dentro de uma concepção política de justiça pode ter como alicerce um consenso sobreposto (OLIVEIRA, 2020).

Rawls explica que, apenas da existência de concepções muito antagônicas dentro de uma sociedade, isso não inviabiliza um consenso sobreposto ou por justificação. Postulados diferentes podem conduzir às mesmas conclusões. Do mesmo modo, a escolha de apenas uma doutrina geral e abrangente como base para um acordo político sugere um uso tirânico do Estado. A partir dessas ideias fundamentais, é possível desenvolver uma concepção política de justiça com a convergência de convicções bem ponderadas (OLIVEIRA, 2020).

Para a formação de um consenso sobreposto mais forte e estável, Rawls traça algumas estratégias. O autor elimina temas mais controversos entre religião e filosofia e alguns outros temas da pauta política e insere acordos já consolidados na sociedade. Para tanto, merece transcrição de trecho da coletânea de obras de Rawls organizada por Catherine Audard, citada por Pablo Camarço (RAWLS apud OLIVEIRA, 2020, p. 219):

Quando certos problemas são subtraídos de um grande programa político, estes não são considerados como objetos apropriados para suscitar uma decisão política sancionada pelo voto majoritário ou um outro escrutínio pluralista qualquer. Em relação a uma liberdade de consciência igual para todos e ao repúdio da escravidão e da servidão, isso significa que, numa constituição, as liberdades fundamentais de cada um, que recobrem esses problemas, são julgadas fixas e admitidas de uma vez por todas. Elas são parte integrante da carta pública de um regime constitucional, e não um tema próprio para o debate público ou para uma legislação interminável, como se pudesse ser modificadas a qualquer momento de um modo ou de outro. Além disso, os partidos políticos mais esclarecidos julgam esses problemas inteiramente resolvidos. É claro que o fato de certos problemas serem subtraídos de um programa político não implica que uma concepção política da justiça deva isentar-se de explicar por que o são. [...] Devo a Stephen Holmes a minha maneira de pensar as liberdades e os direitos básicos como devendo retirar certos problemas da pauta política.

O princípio da tolerância se apresenta como o estruturante da concepção política de justiça, ensejando um Estado leigo e como liberdade de consciência igual para todos. Dessa forma, os seus cidadãos adquirem uma autonomia completa com uma filosofia política independente de qualquer doutrina abrangente ou geral. Essa abordagem, quando se introduz o princípio da tolerância à filosofia política, permite que os cidadãos resolvam individualmente questões religiosas, filosóficas e morais, de acordo com opiniões que eles defendem livremente (OLIVEIRA, 2020).

Uma concepção política de justiça favorável deve exprimir valores como a tolerância, a disposição para ajudar os demais no meio do caminho, a moderação, o respeito mútuo e o senso de equidade. Estas virtudes devem ser desenvolvidas lentamente com o tempo para uma aplicação gradual destas nas instituições políticas e sociais existentes. Percebe-se também que não há a intenção de colocar os valores políticos em um patamar de superioridade, pois isso ensinaria uma discriminação de outras doutrinas. A concepção política não deriva de uma doutrina abrangente, mas sim é compatível com uma variedade delas (OLIVEIRA, 2020).

Rawls (apud OLIVEIRA, 2020, p. 229) faz uma explanação do papel do consenso sobreposto na concepção política de justiça:

Tal consenso [sobreposto] efetiva essa obediência, ajustando entre si a concepção política e as doutrinas gerais e abrangentes, e o faz no reconhecimento público do valor superior das virtudes políticas. Porém, como vimos, o fato de conseguir encontrar um consenso obriga a filosofia política a ser, tanto quanto possível, independente e autônoma em relação aos outros seguimentos da filosofia, notadamente em relação aos seus eternos problemas e controvérsias. Isso, por sua vez, suscita a objeção segundo a qual o liberalismo político é cético quanto às verdades religiosas e filosóficas ou indiferente aos seus valores. Entretanto, se fizermos a ligação da natureza de uma concepção política com o “fato do pluralismo” e com aquilo que parece essencial, como uma base comum da livre razão pública, essa objeção parecerá inaceitável. Podemos também assinalar que a independência e a autonomia da filosofia política em relação aos outros seguimentos da filosofia

podem ser comparadas com a liberdade e a autonomia dos cidadãos numa democracia.

Rawls reconhece dois estágios para a construção de um acordo, de um consenso efetivo. O primeiro é o consenso constitucional e o segundo é o consenso sobreposto. No consenso constitucional lhe falta profundidade. Os princípios de justiça escolhidos seriam apenas princípios constantes na constituição e não ideias da sociedade e da concepção política encontradas nela. No consenso constitucional há uma convergência de parte dos direitos e liberdades políticas fundamentais, tais como liberdade de expressão e de associação e direito de voto, e não de direitos e liberdades políticas gerais, como o conteúdo e os limites destes direitos e liberdades. A ideia de consenso constitucional também lhe falta amplitude, pois este consenso trata apenas de procedimentos políticos de um Estado democrático e não da estrutura básica da sociedade. Apesar de, aparentemente, deficiente deve-se entender que é apenas um estágio; o primeiro estágio para se chegar ao consenso sobreposto (WEBER, 2012).

Para Rawls, uma Constituição apoiada em princípios liberais de justiça transforma estes, gradualmente, em um consenso constitucional. Trata-se de uma espécie de aposta política de acordo com as opções existentes. É possível que não seja bem um acordo, mas sim uma “aquiescência inicial” da Constituição, mas que, paulatinamente, vai se consolidando na medida em que os princípios liberais vão se efetivando (WEBER, 2012).

Já o consenso sobreposto é a base da concepção política de justiça e se apoia em duas premissas fundamentais, quais sejam, a ideia de sociedade e a ideia de pessoa. Por isso o consenso sobreposto tem uma profundidade maior que o consenso constitucional. O consenso sobreposto se aplica não apenas aos fundamentos da Constituição, mas sim à estrutura básica da sociedade como um todo. A Constituição é apenas uma parcela da estrutura das sociedades (WEBER, 2012).

Thadeu Weber (2012, p. 144-145) descreve a diferenciação de consenso constitucional e consenso sobreposto proposta por Rawls em três aspectos:

Quanto à profundidade: o consenso sobreposto tem por base uma concepção política de justiça que, por sua vez, se apóia nas ideias de sociedade e de pessoa e é passível de justificação pública. Um consenso constitucional efetivo força “grupos políticos” ao diálogo e a participarem do “fórum público da discussão política”.⁴⁰ [...] Um consenso constitucional restrito vai gradualmente ampliando seu foco na direção de um consenso sobreposto. Quanto à extensão: o consenso sobreposto não se restringe aos “procedimentos democráticos”, mas envolve a estrutura básica da sociedade como um todo. [...] Referindo-se especificamente à satisfação dessas necessidades, o autor afirma que “o elemento constitucional essencial em questão é o de que, abaixo de certo nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais”.⁴⁴ Isso indica que a concepção política de justiça

envolve não apenas direitos e liberdades fundamentais individuais. Inclui, também, os sociais, como a educação, habitação e a saúde. Fica claro que o consenso sobreposto, que começa com o consenso constitucional, é mais amplo e mais profundo do que este. [...]. Quanto à especificidade: o objeto do consenso sobreposto é uma concepção política de justiça e os valores que a constituem são os políticos. A justiça como equidade parte da ideia de sociedade como sistema equitativo de cooperação e se apóia na concepção política de pessoa (como livre e igual). A concepção política de justiça é elaborada a partir dessas ideias (a sociedade como sistema equitativo de cooperação e a de pessoa como livre e igual). Essa concepção de justiça é o foco do consenso sobreposto. [...] Obtido um consenso constitucional, estará lançada a base para o consenso sobreposto entre doutrinas morais abrangentes, tendo em vista uma concepção política de justiça. Embora o objeto do consenso seja uma concepção política de justiça, as concepções abrangentes razoáveis podem aderir a ela por diferentes razões. Essa adesão lhe dá estabilidade.

O consenso sobreposto é o ideal e o consenso constitucional é o possível. Na ordenação dos consensos pode haver uma possível ambiguidade. Se o consenso constitucional é anterior ao consenso sobreposto, qual é o consenso realizado na escolha dos princípios da justiça que são anteriores à elaboração da Constituição? Trata-se aqui do exercício do “equilíbrio reflexivo”, no qual haverá constante revisão dos “juízos ponderados” que se compatibilizarão com os princípios da justiça (WEBER, 2012).

Apresentado o pluralismo e o consenso sobreposto como elementos imbricados na teoria apontada por Rawls, pode-se concluir que somente em uma sociedade democrática, na qual coexistem diversas doutrinas abrangentes razoáveis e multiculturais, é que se pode chegar a um consenso sobreposto. Demarcadas suas características, passar-se-á a tratar do último elemento da Teoria rawlseniana que interessa para o constitucionalismo aqui proposto.

3.2.5 A razão pública

A ideia de razão pública pode ser aplicada tanto seja para aplicação no âmbito institucional, no momento em que uma instituição pública, amparada em uma Constituição democrática, quanto no ato individual, em que um indivíduo declara seus valores e realiza a defesa de seus interesses no desenvolvimento de sua civilidade (BONFIM; PEDRON, 2017).

A razão pública exige que o debate ocorra abertamente nos espaços procedimentais formais institucionalizados. Segundo Rawls “O ideal da razão pública aplica-se aos cidadãos quando atuam na argumentação política no fórum público” (RAWLS, 2011, p. 264).

Rawls relaciona o ideal de cidadania com o dever moral de civilidade aos cidadãos e com a razão pública:

[...] o ideal de cidadania impõe o dever moral (e não legal) – o dever de civilidade – de ser capaz de, no tocante a essas questões fundamentais, explicar aos outros de que maneira os princípios e políticas que se defende e nos quais se vota podem ser

sustentados pelos valores políticos da razão pública. Esse dever também implica a disposição de ouvir os outros, e uma equanimidade para decidir quando é razoável que se façam ajustes para conciliar os próprios pontos de vista com os de outros. (...) A união do dever de civilidade com os grandes valores do político produz o ideal de cidadão governado a si mesmos, de um modo que cada qual acredita que seria razoável esperar que os outros aceitem; e esse ideal, por sua vez, é sustentado pelas doutrinas abrangentes que pessoas razoáveis defendem. Os cidadãos defendem o ideal da razão pública não em consequência de uma barganha política, mas como um *modus vivendi*, mas em virtude de suas próprias doutrinas razoáveis (RAWLS, 2011, p. 266).

Deliberar publicamente e também justificar práticas sociais e individuais em local público significa reconhecer que qualquer cidadão ou pessoa política possa entrar em audiência e argumentar da mesma forma. Isto só corrobora a inquietude de Rawls em oportunizar canais de comunicação iguais na apresentação das razões públicas, pois faz parte do movimento social receber argumentos racionais e justificar publicamente suas ações com razões públicas (BONFIM; PEDRON, 2017).

O ideal de razão pública não é dirigido apenas aos cidadãos, mas também às autoridades de fóruns oficiais. Os legisladores quando falam na tribuna do parlamento. O executivo e seus atos e discursos públicos. Os magistrados quando fundamentam uma decisão com base na compreensão da constituição ou na jurisprudência. Todos são exemplos de exercício da razão pública (OLIVEIRA, 2020).

Vale frisar que a atuação da razão pública no poder Judiciário é diferenciada da aplicação nos demais poderes. Os atos dos representantes do poder Executivo e do poder Legislativo não precisam ser justificados da mesma maneira como a decisão de um ministro da Suprema Corte de uma democracia constitucional ao exercer o controle de constitucionalidade, por exemplo (OLIVEIRA, 2020).

O princípio liberal de legitimidade pressupõe que as instituições públicas utilizarão as razões mais adequadas no ato de construir sua justificação pública (BONFIM; PEDRON, 2017). O conteúdo da razão pública é liberal porque especifica certos direitos, liberdades e oportunidades fundamentais. Atribui uma prioridade especial a tais direitos, liberdades e oportunidades. E o conteúdo desses direitos e liberdades garantem a todos os cidadãos as oportunidades básicas (OLIVEIRA, 2020).

O fato de a justificação pública reivindicar razões coloca frontalmente a pessoa política diante da estruturação de um regime democrático e do sentido político de justiça, que prevê a participação política do cidadão, o debate e uma interação pública na construção dos sentidos normativos (BONFIM; PEDRON, 2017).

A razão pública faz com que a sociedade desenvolva o seu espírito democrático ao reconhecer direitos e ao legitimar o diagrama político das instituições. Os cidadãos fazem uso da razão pública no momento em que, em meio a um debate, aprovam leis ou emendam para sua Constituição. A sua ideia faz com que as bases fundamentais da sociedade sejam moldadas a partir da participação pública (BONFIM; PEDRON, 2017).

O conteúdo da razão pública é a própria concepção política de justiça, na qual deve ser garantido e permitido o acesso dos direitos, liberdades e oportunidades que a concepção política construída tenha reivindicado. Trata-se de um movimento circular em que os valores políticos são construídos pelos cidadãos considerados livres e iguais. Esta dinâmica é necessária, pois as condições históricas e sociais de uma sociedade podem mudar. Temas novos podem surgir em determinadas condições de espaço e de tempo. Este movimento permite a estabilidade e segurança de uma sociedade (BONFIM; PEDRON, 2017).

Há um limite para a realização de deliberações públicas. Rawls desenha três espaços em que a razão pública pode operar: os discursos dos juízes; os discursos dos chefes dos poderes Executivo e Legislativo; o discurso de candidatos a cargos públicos e seus apoiadores na campanha. Os limites impostos pela razão pública se aplicam no que o autor chama de elementos constitucionais essenciais e questões básicas de justiça. Os elementos constitucionais essenciais são os direitos e liberdades encontrados em uma Constituição escrita. As questões básicas de justiça são a justiça social, justiça econômica e questões que podem extrapolar o espaço da Constituição escrita (BONFIM, 2017).

Segundo Rawls, a razão pública se aplica de forma diferenciada no poder Judiciário. Assim transcrevem Vinícius Silva Bonfim e Flávio Quinaud Pedron citando Rawls, “Em um regime constitucional com controle jurisdicional da constitucionalidade das leis ou revisão judicial, a razão pública é a razão de ser do tribunal supremo” (RAWLS, 2005, p. 231 *apud* BONFIM; PEDRON, 2017, p. 214). E ainda complementa: “a suprema corte é o ramo de poder do Estado que serve de caso exemplar da razão pública” (RAWLS, 2005, p. 231 *apud* BONFIM; PEDRON, 2017, p. 214).

A apresentação do conceito de razão pública se faz suficiente para os propósitos deste trabalho. O próximo capítulo adentrará com maior profundidade na relação entre a razão pública e a Suprema Corte. O entrelaçar dos dois conceitos permitirá, como hipótese, a construção do constitucionalismo proposto nesta dissertação.

3.2.6 Conclusões parciais

A primeira parte do presente capítulo demonstrou o porquê de se estudar o filósofo John Rawls. O autor desafiou o intuicionismo e o utilitarismo, doutrinas da filosofia política predominantes até então. Para tanto, criou uma concepção de justiça distributiva baseada em alguns mecanismos hipotéticos para se chegar a uma sociedade justa. Para tanto, o contratualismo antigo é resgatado, mas agora com outra roupagem. Estes instrumentos foram apresentados e conceituados ao longo da segunda parte deste trabalho.

O primeiro deles foi a posição original. Um *status quo* em que os contratantes, no caso os cidadãos iguais e livres, cobertos sobre o segundo elemento, o “véu da ignorância”, realizarão a escolha dos princípios da justiça que irão reger a estrutura básica da sociedade.

O equilíbrio reflexivo é um movimento cíclico constante em que os princípios escolhidos estão em constante revisão e compatibilidade com as crenças particulares. Este procedimento representa uma tentativa de acomodar tanto os pressupostos filosóficos razoáveis impostos aos princípios quanto os nossos juízos ponderados sobre justiça.

O “véu da ignorância” é o terceiro elemento tratado e que vai operar junto com os dois anteriores. Ele é um instrumento hipotético limitativo aplicado à posição original durante a eleição dos princípios da justiça no qual os participantes da escolha destes princípios não saberão qual posição ocuparão na sociedade. Elementos relativos a relações públicas, economia, psicologia, organização social e leis não são cobertos pelo “véu da ignorância”.

Rawls reconhece um fenômeno permanente das sociedades democráticas, o pluralismo. Cada cidadão carrega em sua pessoa concepções religiosas, filosóficas e morais. Na tentativa de compatibilizar todas estas concepções, o autor apresenta um procedimento de justificação, a construção de um consenso sobreposto. O consenso sobreposto seria então dividido em duas partes, o consenso constitucional e o consenso sobreposto propriamente dito. No primeiro, haveria uma harmonização dos princípios da justiça com os valores políticos que uma Constituição deve ter. No segundo, deseja-se projetar os preceitos escolhidos individualmente nos cidadãos em sua concepção de justo compatível com a concepção que este indivíduo comunga. Todo este processo é apoiado pelo equilíbrio reflexivo.

A razão pública é um processo discursivo de aplicabilidade tanto institucional quanto individual em que se realiza uma deliberação publicamente e também uma justificação de práticas sociais e individuais em local público o qual significa reconhecer que qualquer cidadão ou pessoa política possa entrar em audiência e argumentar da mesma forma.

A partir dos instrumentos apresentados, o autor chega aos princípios fundamentais da justiça. Eles são o princípio da liberdade, o princípio da igualdade de oportunidades e o subprincípio da diferença. Rawls pressupõem que, aplicando os instrumentos apresentados,

encontraria estes princípios e, baseado neles, construiria uma estrutura de uma sociedade básica justa. Estes são os elementos que formam uma Teoria da Justiça de Rawls.

4 CONSTITUCIONALISMO EM JOHN RAWLS

4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES

No primeiro capítulo foram investigadas as questões que o Constitucionalismo contemporâneo vem enfrentando. Foram apresentadas a crise financeira de 2008, a crise de legitimidade e representatividade e a crise comunicativa. Todas as crises possuem como núcleo a violação do valor normativo das Constituições.

No segundo capítulo foram apresentados elementos em que a justiça como equidade proposta por John Rawls é estruturada. Apresentaram-se os princípios da justiça propostos pelo autor americano: a ideia de posição original, de véu da ignorância, pluralismo razoável, consenso sobreposto e razão pública. Durante os estudos da obra deste autor, percebeu-se a possibilidade de se extrair um viés constitucionalista ao longo de sua obra.

Baseado na crise do Constitucionalismo, informada no primeiro momento como um dos principais problemas da Teoria do Direito e da Teoria do Estado, e nos elementos da Teoria da justiça, como equidade encontrada nas obras *Uma Teoria da Justiça* e *O Liberalismo Político*, apresentadas no capítulo anterior, pretende-se extrair uma Teoria Constitucional de Rawls.

A obra de Rawls desperta interesse do meio jurídico a ponto de Dworkin chegar a afirmar que *Uma Teoria da Justiça* não pode ser ignorada por nenhum constitucionalista (DWORKIN, 2007). Percebeu-se que o meio jurídico já remonta a vertente do Constitucionalismo abordado na obra de Rawls. Há uma distinção entre a ideia formal do ordenamento jurídico da ideia substancial. No que tange a esta questão, pode-se afirmar que:

A obra de Rawls, juntamente com a de Dworkin [...], determina uma virada na concepção de direito, deslocando o seu entendimento da vertente positivista de Kelsen, Austin e Hart, bem como da vertente utilitarista de Bentham e Mill, para uma concepção que, em última análise, recupera as imbricações entre direito e moral (DUTTRA, 2005, p. 16).

Uma primeira sobreposição da doutrina de Rawls à Teoria Constitucional é considerar os princípios como legitimadores do sistema jurídico encontrado na estrutura básica da sociedade. Esses princípios norteadores da ordem jurídica seriam os princípios da justiça.

Neste contexto, é necessário investigar qual a teoria moral em que Rawls se filia para justificar os princípios da justiça (LOIS, 2001).

Conforme já visto no capítulo anterior, Rawls rechaça teorizações dogmáticas, apoiadas em leis derivadas de divindades, esquemas intuicionistas ou referências à lei natural. Com efeito, salienta Oscar Vilhena Vieira:

As formulações de Rawls, recolocando a discussão ética no âmbito da Política e do Direito, servem à análise das cláusulas constitucionais intangíveis, uma vez que podem auxiliar sua justificação no campo ético, porém não metafísico. Os princípios da justiça, os consensos sobrepostos e os essenciais constitucionais, cada um na sua esfera, não constituem valores transcendentais como os direitos naturais, mas princípios decorrentes da razão humana, voltados à organização da sociedade em que os homens são compreendidos como fins, e não como meios (VIEIRA, 1999, p. 224).

Rawls apresenta uma solução contratualista para a definição dos princípios da justiça. Um *contrato hipotético*, baseado na *posição original* e coberto sob o *véu da ignorância*, se dedicaria à eleição de princípios de justiça, os quais constituirão a base para justificar as instituições públicas, dentre elas a Constituição (DUTRA; ROHLING, 2011).

Na teoria da justiça como equidade defendida por Rawls, ele sustenta que um contrato hipotético é firmado sob condições ideais no qual é respeitado o caráter de pessoas livres, racionais e iguais. Este contrato é importante por refletir o *status* moral de igualdade, ou a ideia de que, de um ponto de vista moral, o destino de cada um tem a mesma importância, ou seja, a ideia de que todos possuem a mesma equivalência.

O contrato em questão serve para estruturar o pensamento de que nenhuma pessoa está subordinada a outra ou outras, destoando neste ponto do contratualismo tradicional, defendido por Hobbes, por exemplo, que determina que para vencer as desigualdades naturais, temos que transferir nossos poderes a um terceiro, o soberano (TRINDADE, 2016).

Escolhidos os princípios da justiça baseados neste acordo hipotético, esses princípios regularão todos os acordos subsequentes, especificando os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer.

Rawls vai descrever o processo de escolha dos princípios da justiça que devem reger a estrutura básica da sociedade. Nela já se vislumbra a gênese do Constitucionalismo rawlseniano:

Na primeira etapa, na posição original, os princípios são escolhidos, após o que as partes na posição original se reúnem numa assembleia constituinte, na qual decidem sobre a justiça das formas políticas e escolhem uma Constituição. Esta é a segunda etapa, em que se estabelecem claramente os direitos e liberdades fundamentais. A partir de então é possível legislar – fazer leis que dizem respeito à estrutura econômica e social da sociedade: é a terceira etapa, em que se trata da justiça das

leis e das políticas econômicas e sociais. Quando esta se completa, já só nos resta, na quarta etapa, a aplicação das regras pelos juízes e outras autoridades (RAWLS, 1997, p. 212).

Rawls propõe um sistema para a escolha e execução dos princípios da justiça. O primeiro passo é a definição dos princípios da justiça na posição original; o “*segundo estágio*” é a elaboração de “[...] um sistema para os poderes constitucionais do governo e para os direitos fundamentais dos cidadãos” (RAWLS, 2008, p. 241). Nesse estágio, constrói-se uma constituição justa, estruturada com base nos princípios da justiça já escolhidos. O próximo passo na sequência é o estágio legislativo, que se caracteriza pela análise da justiça das leis e das políticas. E, finalmente, o quarto estágio da sequência “[...] é o da aplicação das normas aos casos específicos por juízes e administradores e a observância das normas pelos cidadãos em geral” (RAWLS, 2008, p. 245).

Uma Teoria Constitucional exige essencialmente a presença de dois elementos: direitos fundamentais e limitação de poderes. O foco da presente demonstração do Constitucionalismo em Rawls inicia-se no segundo estágio da escolha dos princípios de justiça para encontrar uma teoria dos direitos fundamentais em sua obra.

No segundo estágio é o momento em que se dá a elaboração da Constituição. Neste ponto já é possível se rebater um dos elementos cruciais da crise vivida pelo Constitucionalismo: a legitimidade. Tentar-se-á demonstrar que o viés constitucional que, porventura, for encontrado poderá ser já uma resposta à crise de legitimidade vivida pela Teoria Constitucional.

Para se percorrer o caminho a fim de se demonstrar se há um sistema organizado de direitos e liberdades proposto por Rawls, faz-se necessário a apresentação de alguns elementos que tenham que ser satisfeitos para a existência de um Constitucionalismo independente.

Como elementos constitucionais, pode-se elencar (a) a definição do Constitucionalismo como movimento histórico responsável pela limitação de poderes; (b) uma teoria do poder constituinte; (c) uma interpretação constitucional; (d) uma teoria dos direitos fundamentais; (e) a jurisdição constitucional; (f) a limitação e a organização política; (g) uma democracia constitucional (CABALLERO, 2018).

4.2 CONSTITUCIONALISMO COMO MOVIMENTO HISTÓRICO

Logo na introdução da obra *O Liberalismo Político*, o autor já trata da descrição do momento histórico e acontecimentos que vão possibilitar o rompimento com a ideologia da antiguidade e florescer um novo paradigma em que já pode ser visualizado o caráter constitucional. Para tanto, merece descrição o respectivo trecho de sua obra:

Focalizando agora o período moderno, três processos históricos influenciaram profundamente a natureza de sua filosofia moral e política. O primeiro foi a Reforma do século XVI. Ela fragmentou a unidade religiosa da Idade Média e levou ao pluralismo religioso, com todas as suas consequências para os séculos posteriores. Isso, por sua vez, alimentou pluralismos de outros tipos, que se tornaram uma característica permanente da cultura no final do século XVIII. O segundo foi o desenvolvimento do Estado moderno com sua administração central, governado inicialmente por monarcas dotados de poderes imensos, quando não absolutos. Ou pelo menos por monarcas que procuravam ser tão absolutistas quanto podiam, só concedendo uma parcela do poder à aristocracia e às classes médias ascendentes quando eram obrigados, ou quando lhes convinha. O terceiro foi o desenvolvimento da ciência moderna, que se iniciou no século XVII. Por ciência moderna entendo o desenvolvimento da astronomia com Copérnico e Kepler, assim como a física newtoniana; e também, é preciso enfatizar, o desenvolvimento da análise matemática (cálculo) por Newton e Leibniz. Sem a análise, o desenvolvimento da física não teria sido possível. (...) Assim, a origem histórica do liberalismo político (e do liberalismo em geral) está na Reforma e em suas consequências (sic), com as longas controvérsias sobre a tolerância religiosa nos séculos XVI e XVII". Foi a partir daí que teve início algo parecido com a noção moderna de liberdade de consciência e de pensamento. Como Hegel sabia muito bem, o pluralismo possibilitou a liberdade religiosa, algo que certamente não era intenção de Lutero, nem de Calvino". **É claro que outras controvérsias também tiveram uma importância crucial, como aquelas versando sobre a limitação dos poderes dos monarcas absolutos por princípios adequados e de traçado constitucional, visando a proteger direitos e liberdades básicas.** (RAWLS, 2000, p. 30-33) (grifo nosso).

O autor elenca a Reforma Religiosa, o desenvolvimento do Estado Moderno e o desenvolvimento da ciência. Estes fatores serviram de base para a liberdade de consciência e pensamento. Reconheceu-se o pluralismo como possível, frente à liberdade religiosa. Esses fatores reivindicaram princípios constitucionais para garantir estes direitos.

Corroborar-se, com isso o primeiro elemento do Constitucionalismo rawlsiano. Percebe-se a preocupação com a Teoria Constitucional já no introito de sua obra. Este conjunto de fatores é o que Rawls considera o embrião do Constitucionalismo e da Lei Fundamental.

4.3 UMA TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

Apresentado o primeiro elemento, passar-se-á para o seguinte. Rawls entende que o objeto da justiça é a *estrutura básica da sociedade*. É na *estrutura básica da sociedade* que são encontradas as principais instituições sociais, dentre elas a Constituição, que são

responsáveis por distribuírem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens decorrentes da cooperação social e que são decisivas à justiça de um arranjo social (MATTOSSINHO; STIP, 2015).

Para Caballero, Rawls define Constituição como a expressão do poder constituinte enquanto poder do povo para estabelecer um novo regime e estabelecer um marco para regular o poder ordinário (CABALLERO, 2018). Com o conceito apresentado, perceberam-se duas presenças de marcos do Constitucionalismo: uma Teoria do Poder Constituinte e a limitação/separação de poderes. Neste momento, analisou-se somente o primeiro.

O poder constituinte está atrelado à validade política de uma Constituição. O Constitucionalismo considera Sieyès o primeiro autor a definir e operar com o conceito de poder constituinte. Para Sieyès (*apud* GUIMARAENS, 2004), o poder constituinte é um poder inicial/fundador, ilimitado, incondicional e extrajurídico, cujo fundamento pode ser invocado como justiça e legitimidade.

Procura-se neste momento saber se na obra de Rawls há uma Teoria do Poder Constituinte. Em caso positivo, em que momento ela se aproxima dos moldes tradicionais de poder constituinte.

Rawls deixa transparecer uma teoria do poder constituinte na posição original, visível a partir da identificação dos princípios da justiça com localização equivalente a que os direitos naturais exercem na teoria tradicional do poder constituinte tradicional (CABALLERO, 2018). Assim descreve Rawls quanto ao papel dos princípios de justiça:

A idéia (sic) norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original. São princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. **Esses princípios devem regular todos os acordos subsequentes (sic); especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer.** A essa maneira de considerar os princípios da justiça chamarei de justiça como equidade (RAWLS, 1997, p. 12, grifo nosso).

O primeiro acordo subsequente à escolha dos princípios de justiça é a elaboração de uma Constituição (vide os quatro estágios de escolha dos princípios da justiça). Percebe-se uma limitação ética ao poder de elaborar uma Constituição. Os princípios da justiça serão os controladores/limitadores deste acordo constitucional. Eis a presença de uma Teoria do Poder Constituinte autônoma e a sua diferença com o Constitucionalismo tradicional ilimitado.

Os limites estabelecidos pelos princípios da justiça produzirão um sistema de poderes constitucionais do governo que se instituirá e também um sistema de direitos fundamentais que aquela sociedade gozará.

Estas etapas foram apresentadas em *Uma Teoria da Justiça*. A escolha dos princípios da justiça é a parte ideal da concepção de justiça como equidade. O autor americano vai tentar dar mais concretude à sua teoria, conseqüentemente, e à construção de uma Constituição no Liberalismo Político. Nesta obra, ele apresenta o consenso sobreposto como já mencionado no capítulo anterior, mas antes de chegar a este consenso é necessário o consenso constitucional.

Rawls reconhece a existência e a pluralidade de doutrinas abrangentes e razoáveis existentes nas sociedades democráticas. Para se chegar a um acordo nestas sociedades são necessários dois estágios: o primeiro é o estágio do consenso constitucional e o segundo estágio é o do consenso sobreposto. Há de se reconhecer um pré-estágio: o *modus vivendi* (WEBER, 2012). O objeto de análise será o consenso constitucional.

Na busca do consenso constitucional já se retira parcialmente o véu da ignorância. Nele haverá a concordância apenas sobre alguns direitos e liberdades políticas fundamentais e não sobre direitos e liberdades em geral. Esses direitos e liberdades políticas serão o direito de voto, a liberdade de expressão, de associação etc., mas certamente há divergência quanto a sua extensão e profundidade do seu conteúdo e limites. Sobre o consenso constitucional, segundo Rawls, a Constituição irá garantir certos princípios liberais da justiça política e vai estabelecer procedimentos eleitorais democráticos para moderar a disputa política na sociedade. Ele além de não ser profundo não é amplo: inclui apenas “os procedimentos políticos do governo democrático”, e não “a estrutura básica da sociedade”. É um consenso que Rawls chama de restrito e não profundo. A Constituição é essencialmente um procedimento e a justiça como equidade deve ser entendida como “justiça procedimental” (WEBER, 2012).

É possível perceber uma limitação do consenso constitucional. Ele não consegue dirimir algum conflito entre os direitos fundamentais ou delinear seu efetivo alcance. Vale salientar que Rawls é um autor americano e sua teoria não deixa de ser influenciada pelo Constitucionalismo americano que possui delineamento mais reduzido comparado com as matérias que a Constituição brasileira abarca.

O tipo de acordo que visa superar essa limitação é o consenso sobreposto, que está apoiado nas ideias de pessoa e de sociedade de uma concepção de justiça. Rawls defende que só será possível um “consenso constitucional estável” quando as instituições políticas básicas forem reguladas pelos princípios liberais de justiça (WEBER, 2012).

Neste nível de estabilidade, os cidadãos devem endossar os princípios de justiça incorporados em sua Constituição e em sua prática política sem supor que há uma conexão de tipo específico entre estes princípios e suas crenças (RAWLS, 2000).

Quando isso acontecer, estarão satisfeitos alguns requisitos fundamentais para assegurar a estabilidade do consenso constitucional, assim descreve Thadeu Weber:

1. Tendo em vista o pluralismo razoável, os princípios liberais de justiça, quando estão em vigor, fixam “o conteúdo de certas liberdades e direitos fundamentais” e lhes atribuem uma “prioridade especial”.³⁶ O estabelecimento desses direitos e de sua prioridade é o que caracteriza a concepção política de justiça como liberal. Ao determinar e definir direitos e liberdades realmente fundamentais, retiram-se esses direitos e liberdades das disputas políticas. Por exemplo: fixada a liberdade de expressão como direito fundamental, ela está fora do cálculo de interesses sociais. Os possíveis conflitos entre direitos fundamentais, no seu efetivo exercício, são resolvidos em sua aplicação. Para isso existem os estágios legislativo e jurisdicional.
2. Um consenso constitucional estável requer que a aplicação de seus princípios se dê mediante a “razão pública” e livre, isto é, pela argumentação pública. Aliás, a própria construção dos princípios políticos se dá pela argumentação pública. Trata-se de uma argumentação acessível e confiável a todos os cidadãos.
3. As instituições políticas que incorporam os princípios liberais de justiça “tendem a encorajar as virtudes cooperativas da vida política: a virtude da razoabilidade e o senso de justiça, o espírito de compromisso (harmonização) e a disposição (boa vontade) de fazer concessões mútuas”. Rawls recorre à psicologia moral para mostrar que, considerando as capacidades de ter uma concepção de bem e de ter senso de justiça, os cidadãos, quando acreditam em instituições justas, se esforçarão para fortalecê-las. A confiança mútua em instituições justas cria estabilidade para uma Constituição. Nesse caso, as próprias concepções morais abrangentes dos cidadãos se alteram na direção da aceitação dos princípios constitucionais. Quando a cooperação social está baseada no respeito mútuo, as liberdades e oportunidades fundamentais serão reconhecidas publicamente. Com isso as “virtudes políticas” se desenvolvem cada vez mais. (WEBER, 2012, p. 143)

Estes requisitos podem ser resumidos como a necessidade de se fixar o conteúdo dos direitos e liberdades básicas e definir quais deles são prioritários; assegurar que a razão pública se sustente em argumentos constitucionais, levando a Constituição ao centro do debate público; e a constituição deve promover as virtudes de uma cooperação social estabelecida em termos de razoabilidade e disposição para o diálogo (CABALLERO, 2018).

Deste ponto já pode-se extrair uma contribuição para a crise do Constitucionalismo contemporâneo: uma vez realizados os consensos sobre os princípios básicos de justiça, apoiados pelos cidadãos em condições de igualdade e gozando das mesmas liberdades, haverá a legitimação da Constituição promulgada e, conseqüentemente, do poder político. Logo, solucionando o problema da legitimação da Poder Constituinte e da Constituição (VALÉRIO; PEREIRA, 2016).

4.4 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Passa-se agora a analisar a questão da interpretação constitucional possivelmente defendida por Rawls. A interpretação constitucional, no Constitucionalismo formal, consiste

na subjunção da Lei Fundamental aos fatos, trata-se de simples adequação dos fatos às normas. Entretanto, Rawls se distancia desta característica na sua teoria, conforme transcrição:

A inevitável imprecisão das leis em geral, e a ampla gama permitida para a sua interpretação, encorajam uma arbitrariedade permitida na tomada das decisões que apenas uma submissão à justiça pode debelar. Assim, afirma-se que onde encontramos a justiça formal, o estado de direito e o respeito às expectativas legítimas, provavelmente encontramos também uma justiça substantiva. O desejo de seguir as leis de forma imparcial e consistente, de tratar casos similares de forma semelhante, e de aceitar as consequências de aplicação das normas públicas, está ligado ao desejo, ou pelo menos à disposição, de reconhecer os direitos e liberdades dos outros e de compartilhar de forma justa os benefícios e os encargos da cooperação social. (RAWLS, 1997, p. 63).

O modelo de interpretação predominante no Constitucionalismo formal é o senso comum teórico dos juristas. Segundo Warat (1997), o senso comum teórico dos juristas é um processo argumentativo embasado no pensamento utópico que se forma da possibilidade de substituir a verdade pela verossimilhança e formula suas afirmações à margem de deduções lógicas apoiadas em pensamentos populares.

O senso comum teórico dos juristas utiliza como fundamento moral para suas decisões o intuicionismo, doutrina esta que Rawls vê insuficiente e tenta combater. Rawls considera um irracionalismo na seara da justiça a utilização do método tópico baseado no senso comum teórico dos juristas e no intuicionismo (CABALLERO, 2018).

Ocorre que este paradigma está em mutação, conforme leciona Canotilho:

Uma nova perspectiva hermenêutica vem se forjando a partir de duas rupturas paradigmáticas: a revolução do constitucionalismo, que institucionaliza um elevado grau de autonomia do direito, e a revolução copernicana provocada pelo giro-linguístico-ontológico. De um lado, a existência da Constituição exige a definição dos direitos substanciais dos poderes políticos que vão além do constitucionalismo liberal-iluminista, diminuindo-se o grau de discricionariedade do Poder Legislativo, assim como do Poder Judiciário nos denominados “casos difíceis”. (...) Há um mundo prático que se travessa no processo de compreensão do direito. Esse fenômeno é protagonizado pelos princípios constitucionais, que têm uma força fática – que resgata os sentidos que construímos na nossa interação cotidiana – e, com isso, diminui, na hora da aplicação, as múltiplas possibilidades de sentidos semânticos do texto (CANOTILHO *et al*, 2013, p. 77).

Como tentativa de combater o uso arbitrário de poder discricionário pelos julgadores, Rawls defende uma interpretação constitucional que consiga produzir decisões adequadas e pautadas em critérios de racionalidade que proporcionem juízos homogêneos e segurança na concretização das decisões.

Rawls defende um método construtivista das decisões judiciais. Na posição original teremos a escolha dos princípios de justiça. Nela serão exercidos os juízos de ponderação em equilíbrio reflexivo. Este método conseguiria superar, em maior parcela, o senso comum

teórico dos juristas (intuicionismo) nos diversos graus de decisão, pois aliaria duas características importantes: estaria pautado por um esquema racional (a posição original); albergaria o senso de justiça subjacente (equilíbrio reflexivo) (CABALLERO, 2018).

O autor americano acredita que, na posição original, pelo fato de o recurso processual ser equitativo, os resultados também serão. Este procedimento é que leva, inevitavelmente, à regularidade, e, por via de consequência, à substantivização da justiça (CABALLERO, 2018).

A regularidade e a homogeneidade na interpretação da Constituição é o cerne de um Estado de Direito e de uma sociedade ordenada de forma a atender os problemas enfrentados pela justiça. Assim leciona Rawls: “[...] a administração regular e imparcial das normas comuns, transforma-se no estado de direito quando se aplica ao sistema jurídico. Um tipo de administração injusta é a incapacidade, por parte dos juízes e de outras autoridades, de aplicar a regra apropriada ou interpretá-la de forma correta” (RAWLS, 1997, p. 257).

Conclui-se que o método de interpretação rawlsiano é procedimentalista. Não possui respostas prévias, mas sim um resultado que é construído a partir de um processo puro em que os princípios escolhidos gravitam ao redor destas regras. Com isso, é possível encontrar uma interpretação constitucional baseada nos princípios da justiça e não em mera intuição do intérprete.

4.5 UMA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Passa-se a investigar uma possível Teoria de Direitos Fundamentais encontrada nas lições do filósofo americano. Para tanto, apresenta-se breves considerações sobre fundamento dos direitos fundamentais e, em seguida, os segmentos das obras de Rawls que tratam do tema.

Para o jusnaturalismo, os direitos fundamentais são direitos pré-positivos, isto é, direitos anteriores mesmo à própria Constituição, direitos que decorrem da própria natureza humana e que existem antes do seu reconhecimento pelo Estado (TAVARES, 2010). Já o Positivismo Jurídico considera que direitos fundamentais são aqueles considerados como básicos na norma positiva (= norma posta), isto é, na Constituição. Isso não impede que se reconheça a existência de direitos implícitos (DIMOULIS, 2007). Tenta-se encontrar uma teoria que envolva tanto a base jusnaturalista quanto a ideia positivista.

O autor contempla, na Conferência VI do seu livro *O Liberalismo Político*, um tópico para demonstrar que a Constituição é composta pelo que ele chama de elementos constitucionais essenciais.

Logo no início do tópico, Rawls já informa que “[...] precisamos identificar uma categoria de questões fundamentais para as quais os valores políticos da concepção oferecem respostas razoáveis. Sugiro que os elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça básica constituem essa categoria” (RAWLS, 2000, p. 277).

A necessidade de elementos constitucionais essenciais advém de um a necessidade de estabilidade, conforme escreve Rawls “[...] enquanto houver um acordo estável sobre os elementos constitucionais essenciais e os procedimentos políticos estabelecidos forem considerados razoavelmente equitativos, a cooperação política e social voluntária entre cidadãos livres e iguais pode manter-se normalmente” (RAWLS, 2000, p.281).

Conforme informado, já se percebe uma identificação de questões fundamentais necessárias, que seriam os elementos constitucionais essenciais. Para tanto, o autor em análise divide os elementos em dois tipos:

- 1 - Os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as prerrogativas do Legislativo, do Executivo e do Judiciário; o alcance da maioria;
- 2 - Os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar, tais como o direito ao voto e à participação na política, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento e de associação, assim como as garantias do império da lei.

No elemento essencial de primeiro tipo, o autor adverte que eles devem ser rígidos e serem alterados quando a justiça política exigir e não para satisfazer interesses de partidos ou grupos, levando à desconfiança e à turbulência que minam com o governo constitucional (RAWLS, 2000).

No primeiro há uma preocupação com a forma de aquisição do poder político e com os limites de seu exercício. Rawls refere-se a valores políticos para oferecer uma base pública de legitimação (RAWLS, 2000).

Já os elementos de segundo tipo possuem um grau de alterabilidade menor, visto que direito de voto ou de concorrer a cargos eletivos ou liberdade de consciência ou de associação possuem características parecidas em todos os regimes livres. No Liberalismo Político, mais especificadamente na Conferência VIII, Rawls dá um *status* especial a estes direitos e liberdades fundamentais, o que permite inferir já uma ideia de Teoria dos Direitos Fundamentais em sua obra:

o primeiro princípio da justiça atribui às liberdades fundamentais, apresentadas em uma lista, **um status especial**. Elas têm **um peso absoluto** com respeito às razões do bem público e dos valores perfeccionistas. Por exemplo: as liberdades políticas iguais não podem ser negadas a certos grupos sociais argumentando-se que o fato de

disporem dessas liberdades lhes permitiria bloquear as políticas necessárias para a eficiência e o crescimento econômico (RAWLS, 2000, p. 348, grifos nossos).

Na lista supramencionada, o professor americano elenca a liberdade de consciência, de pensamento, de expressão, de associação, propriedades pessoais e uma liberdade que não é comum entre os liberais, qual seja, a liberdade política de participação igual (CABALLERO, 2018).

Dentro do conjunto de direitos e liberdades fundamentais, Rawls defende a existência de uma prioridade entre as liberdades fundamentais. Esta liberdade prioritária seria a liberdade política de participação igual. Rawls a vê como instrumento de garantia das outras liberdades (CABALLERO, 2018).

No Liberalismo Político, o autor acredita que a saída para a garantia da liberdade de participação igual é o estabelecimento de entidades independentes, organizadas pela sociedade civil e mantidas distantes do poder econômico (RAWLS, 1996, p. 383-385). Com isso, pode-se demonstrar que o Constitucionalismo encontrado em Rawls, consubstanciado pelo direito fundamental de participação igualitária, conjugado com um distanciamento do poder econômico dos grandes blocos financeiros, pode ser uma alternativa para a crise do Constitucionalismo atual.

Rawls chega a dar uma prioridade ao princípio voltado para os direitos e liberdades fundamentais em relação aos princípios voltados para a justiça social e econômica (RAWLS, 2000). Este princípio é o seu primeiro princípio da justiça, o princípio da liberdade. Para Rawls, é o princípio da liberdade que garante o direito e as liberdades fundamentais.

Os princípios da justiça avaliam as estruturas básicas da sociedade em função da maneira como as instituições protegem e distribuem as liberdades fundamentais. Considerado que as ideias da posição original e da formulação dos princípios da justiça antecedem o poder constituinte originário, então pode-se concluir que tanto a Constituição quanto os direitos e liberdades nela contida estarão limitados e subordinados aos princípios da justiça (CARVALHO, 2014).

A liberdade é entendida por Rawls como “[...] uma certa estrutura de instituições, um certo sistema de normas públicas que definem direitos e deveres” (RAWLS, 1997, p. 219). Com isso, percebe-se que a liberdade para o autor é, na verdade, um sistema de liberdades. O sistema é a ideia que representa o valor absoluto, pois cada liberdade pode ser ampliada ou restringida conforme a demanda do conjunto de direitos constitucionais (CABALLERO, 2018).

Como forma de explicar o conteúdo total dos direitos fundamentais, como informa Cláudia Perotto Biagi, de acordo com a teoria absoluta haveria uma “esfera permanente” que constituiria o seu “núcleo essencial” intangível. Assim, nessa configuração, o mesmo direito seria constituído de duas partes diversas: “um núcleo e uma parte acessória” (BIAGI, 2005, p. 80).

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco também analisam a teoria absoluta em que o conteúdo essencial representaria uma “*unidade substancial autônoma*” absolutamente imune à intervenção e à restrição legislativa, independentemente de circunstâncias concretas (MENDES; BRANCO, 2013, p. 213-214).

Na Teoria dos Direitos Fundamentais investigada em Rawls também é possível encontrar este “núcleo essencial” de caráter substantivo. Este “núcleo duro” é o princípio da justiça que estrutura os direitos e liberdades fundamentais. Este princípio da justiça é o princípio da liberdade, escolhido na posição original e limitador do poder constituinte originário. Corrobora-se mais uma vez a existência de uma Teoria da Constituição em Rawls.

Para Miranda, segundo Caballero, a noção de sistematicidade de uma Constituição determina que:

[...] ela deva ser apreendida, a qualquer instante, como um todo, na busca de uma unidade e harmonia de sentido. O apelo ao elemento sistemático consiste em procurar as recíprocas implicações dos preceitos e dos em que aqueles fins se traduzem, em situá-los, e defini-los na sua inter-relação e em tentar, assim, chegar a uma idônea síntese globalizante, credível e dotada de energia normativa. (MIRANDA, 1998, p. 28, *apud* CABALLERO, 2018, p. 208).

A sistematização da Constituição também se aplica aos direitos fundamentais. Ora, se Rawls persegue uma sistematização dos direitos e liberdades básicas, percebe-se uma sincronia dos direitos e liberdades fundamentais com uma teoria dos direitos fundamentais. O conjunto de direitos idealizados por Rawls adquire, então, as características de um verdadeiro sistema de direitos fundamentais que encerra uma teoria desses direitos.

Superada a investigação acerca da Teoria dos Direitos Fundamentais, encontrada na concepção de justiça proposta por Rawls, passa-se a analisar a jurisdição constitucional sobre as lentes dos institutos apresentados pelo professor americano. Para tanto, o autor interliga o papel de Suprema Corte com a ideia de razão pública.

4.6 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O conceito de razão pública está relacionado ao fundamento de uma sociedade democrática justa. A imparcialidade é o elemento central da ideia de razão pública. Esta imparcialidade deve ser aplicada tanto no individual, praticando os seus valores como forma de perseguir os deveres de civilidade como também na perspectiva institucional, no ato das decisões institucionais públicas (BONFIM; PEDRON, 2017).

A razão pública não determina nem soluciona nenhuma questão específica de lei ou política pública, mas especifica uma forma articulada dos planos de uma sociedade, elencando uma ordem de prioridades dos seus objetivos e utilizando um procedimento em decisões das instituições públicas (RAWLS, 2000). Quando a ideia de razão pública é exercida pelos cidadãos, a consequência é a proteção dos direitos e liberdades fundamentais (BONFIM; PEDRON, 2017).

Já no início da Conferência VI, do *Liberalismo Político*, o autor norte-americano trata da aplicação da razão pública no Poder Judiciário e o papel da Suprema Corte:

É preciso distinguir entre a forma pela qual o ideal de razão pública se aplica aos cidadãos e a forma como se aplica às diversas autoridades do Estado. Esse ideal aplica-se aos fóruns oficiais e, por isso, aos legisladores, quando falam no recinto do parlamento, e ao executivo, em seus atos e pronunciamentos públicos. Aplica-se também, de forma especial, ao judiciário e, sobretudo, ao supremo tribunal numa democracia constitucional com controle de constitucionalidade das leis (“revisão judicial”). É assim porque os juízes têm de explicar e justificar suas decisões como decisões baseadas em sua compreensão da Constituição, de estatutos e preceitos relevantes. Como os atos do legislativo e do executivo não precisam ser justificados dessa maneira, o papel especial do tribunal faz dele um caso exemplar de razões públicas (RAWLS, 2000, 264-265).

Na democracia constitucional proposta por Rawls há uma distinção entre lei suprema e lei ordinária. Cabe à Suprema Corte a proteção da lei suprema por meio do controle da razão pública, evitando que ela seja transgredida por leis ordinárias ou por interesses de maiorias transitórias (FELDENS, 2012). O papel do tribunal no controle da constitucionalidade é combater a erosão da Constituição por leis que correspondam a interesses de maiorias dominantes e organizadas, tendo, assim, papel antimajoritário importante na democracia constitucional (BONFIM; PEDRON, 2017).

Entretanto, Rawls defende que a Suprema Corte vive um papel dualista: é majoritário e antimajoritário ao mesmo tempo. Tem o caráter antimajoritário no momento em que julga inconstitucional uma lei que viola a lei suprema. Possui uma roupagem majoritária porque é baseada na Constituição, fruto de um consenso de todos durante o exercício do poder constituinte (RAWLS, 2000).

A suprema corte é tida para Rawls como a instituição exemplar de aplicação da razão pública conforme mencionado em trecho extraído de sua obra. Em suas palavras: “O papel do tribunal aqui é parte da publicidade da razão e um aspecto do papel amplo, ou educativo, da razão pública”. (RAWLS, 2005, p. 236). O seu papel precípua não é meramente defensivo, “pois cumpre uma função de publicidade essencial à razão pública, no exercício de educação da cidadania” (POGGE, 2007, p. 137).

Ao focalizar a atenção em questões constitucionais básicas, faz com que se eduquem os cidadãos para o uso da razão pública e seu valor de justiça política (FELDENS, 2012). Caballero (1998, p. 127) descreve esta característica da Suprema Corte da seguinte forma:

Através de seus julgamentos, a Corte dá aos valores da razão “vida e realidade no fórum público”. Suas decisões permitem estruturar a discussão política, lembrando aos políticos que eles devem ser honrados pelas diferentes decisões coletivas. Indiretamente, ela pode, também, contribuir para a evolução da razão pública, na medida em que o debate pode revelar novos valores políticos aceitos pela maioria. Desempenhando esse papel de instituição modelo da razão pública, a Corte Constitucional contribui, assim, para tornar explícitos os termos da filosofia política democrática, ao mesmo tempo em que os coloca no centro da vida política.

O tribunal terá como base de sua interpretação os valores políticos da razão pública no ato de elaboração de sua decisão. Na mesma seara, outro papel de relevo do tribunal como modelo de razão pública é “[...] dar força e vitalidade à razão pública no fórum público, o que o tribunal faz mediante julgamentos dotados de autoridade sobre questões políticas fundamentais” (RAWLS, 2005, p. 237).

A Suprema Corte deve realizar a adequada interpretação da Constituição como uma forma de prevenção de uma porventura democracia majoritária que venha a querer surgir para que os fóruns públicos de discussão sejam espaços para a sociedade civil também (BONFIM; PEDRON, 2017).

Para o autor, o magistrado deve elaborar e expressar, em suas sentenças fundamentadas, a melhor interpretação da Constituição de que seja capaz. Estes magistrados não devem se valer da moralidade pessoal ou de suas doutrinas religiosas ou filosóficas, nem de ideais e as virtudes da moralidade geral, muito menos podem se basearem em valores políticos de modo indiscriminado. O que se deve fazer é utilizar os valores políticos eleitos dentre as várias concepções razoáveis públicas, dos princípios de justiça e da razão pública (BONFIM; PEDRON, 2017).

Eles devem estar filiados apenas a valores de índole política. Fora isso, devem decidir de acordo com o que pensam os precedentes, as práticas e as tradições constitucionais e com o que os textos históricos constitucionalmente importantes exigem (BONFIM; PEDRON, 2017).

Se a decisão está fundamentada em motivos que podem ser aceitos por todos os destinatários da sentença, então ela possuirá o mínimo de legitimidade. Nenhuma decisão poderá se sustentar em pontos que possuem profundas controvérsias em uma sociedade. As decisões devem ser tomadas e estruturadas em uma concepção política de justiça que todos possam referendar e entendê-la como justa, autorizando a força coercitiva em caso de descumprimento (CABALLERO, 2018).

Mais uma vez, esse estudo responde à crise de legitimidade das instituições vividas atualmente. Com a participação do povo na construção de uma decisão, dá-se mais confiança e credibilidade às instituições. Ademais, com os valores comuns sendo compartilhados e aceitos, temos mais um dos suportes para a legitimidade que se pretende alcançar.

Quando Rawls informa que os debates e decisões ocorrerão em um fórum público, fala-se então da participação do povo na construção das decisões. Com isso, estaria abrindo a possibilidade para que uma provável vontade da maioria viesse a afetar a própria Constituição.

Contudo, o professor americano tenta apresentar uma solução para essa possibilidade: “A Constituição não é o que a Suprema Corte diz que é. Mais precisamente, ela é o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, por fim, permitirá à Corte dizer o que é” (RAWLS, 2005, p. 237). Portanto, para Rawls, o julgador não pode inovar no direito, mesmo que essa seja a vontade da maioria, mas sim garantir os direitos e liberdades básicas, que são elementos constitucionais essenciais e devem ser preservados de maiorias transitórias que queiram deturpar esses valores. Ameaças deste tipo não são novos movimentos constitucionais, mas sim uma tentativa de ruptura democrática (CABALLERO, 2018).

Conforme apresentado, este estudo se coaduna com a conclusão apresentada pela professora Cecília Caballero:

Com efeito, esse é o papel precípua da Suprema Corte: assegurar que os valores consagrados na Constituição permaneçam essenciais, imunes às distorções da vontade da maioria, ou seja, a procedimentos que podem ultrapassar o uso público da razão. Para Rawls, o instituto do controle é inerente à democracia constitucional, desde que tenha como núcleo central a garantia dos direitos fundamentais. Mas se a postura de Rawls prega tribunais antimajoritários, a Constituição, como guarda dos direitos fundamentais, autoriza a restrição. Ao aceitar a visão dualista da política, Rawls não coloca a Corte como a guardiã última da Constituição, pois o seu papel de intérprete definitivo limita-se à ação do legislativo. É que, num governo constitucional, a derradeira palavra não cabe ao legislativo, executivo e muito menos o judiciário, mas ao povo. Quando ele se manifesta através de sua razão pública, não há limites aplicáveis à Constituição (CABALLERO, 2018, p. 128-129).

Quando Cecília Caballero trata do papel da Suprema Corte, ela também descreve as características do constitucionalismo proposto por Rawls:

Não se limita a uma aproximação do constitucionalismo alemão com o pragmatismo americano: marca, também, uma aproximação para com o constitucionalismo tedesco de alguns juristas e filósofos americanos, preocupados com a guarda dos direitos fundamentais, considerados como direitos universais e, portanto, que veem no sistema constitucional alemão, através da ideia de cláusulas pétreas, uma excelente possibilidade de defesa dos direitos e da democracia (CABALLERO, 2018, p. 129).

O Constitucionalismo rawlsiano já pode ser detectado com vigor pelo que já foi apresentado. Uma das características marcantes de seu Constitucionalismo é a Suprema Corte como fóruns públicos de discussão, no qual se fará o exercício da razão pública. É possível perceber que este diálogo tem a função educativa, participativa e, conseqüentemente, legitimadora das decisões da Suprema Corte.

Superado mais um elemento do Constitucionalismo, trata-se, a seguir, da limitação dos poderes e da organização política. É por meio das limitações constitucionais que as gerações futuras terão seu direito de se autogovernarem frente a ameaças do estabelecimento de doutrinas absolutistas. Os direitos fundamentais e a separação de poderes não são simples limitadores da regra da maioria, mas sim garantidores de uma esfera de decisão pública em que os cidadãos, bem informados, poderão garantir o seu destino político sem a interferência do Estado ou de qualquer outro indivíduo (VIEIRA, 1999).

4.7 UMA TEORIA DE LIMITAÇÃO DE PODERES

Rawls reconhece os mecanismos tradicionais da limitação de poderes, tais como o bicameralismo, a separação de poderes associada ao sistema de freios e contrapesos, a representação equitativa, o acesso equânime e uma lista de direitos aplicáveis pelos tribunais. Entretanto, nas suas duas principais obras, o autor traz elementos que complementam estes mecanismos e faz com que se diferencie dos demais constitucionalismos (CABALLERO, 2018).

Em *Uma Teoria da Justiça*, esta limitação não deixa de ser o próprio véu da ignorância, quando leciona que certas questões não podem interferir na escolha dos princípios de justiça. Para tanto, Rawls utiliza certos mecanismos/restrições que devem atuar para a escolha dos princípios de justiça. Com isso, garante-se que o princípio da justiça escolhido, qual seja, o princípio da liberdade igual, não seja sabotado.

A professora Cecília Lois Caballero relaciona os procedimentos que devem ser atacados e controlados:

Segundo Rawls, esses procedimentos servem para limitar a extensão da participação igual sem comprometer a liberdade política igual. E são de três tipos: restrição do alcance da regra da maioria, ou seja, as questões que a maioria não pode tocar; previsão de mecanismos para estipular um estado de exceção, visando a proteção da liberdade e, finalmente, uma estrutura política que possa patrocinar, através de um processo político justo, uma distribuição de recursos imparcial para evitar que as desigualdades do sistema socioeconômico possam solapar qualquer igualdade política que possa ter existido em condições historicamente favoráveis. (CABALLERO, 2018, p. 111).

Na primeira obra, o que se percebe é tentar estabelecer uma limitação substantiva quanto ao justo e ao injusto que se deve guiar a legislação e as práticas decisórias. Já no Liberalismo Político, explora bem mais esta limitação do poder político apresentando novos institutos.

Os elementos que vão nos permitir construir uma Teoria de Limitação de Poderes em Rawls envolve a ideia do fato do pluralismo, o conceito de razoável, a ideia de *burdens of judgment* (limites do juízo) e o consenso sobreposto.

De maneira objetiva, Rawls já apresenta o pluralismo como forma de limitação de poder: “[...] no qual existe uma pluralidade de doutrinas razoáveis, é irracional, ou ainda pior, desejar utilizar sanções advindas do poder do Estado para corrigir ou castigar aqueles que não estariam de acordo com as nossas opiniões” (RAWLS, 1996, p. 138). Para o professor norte-americano, a existência de apenas uma doutrina levaria a sociedade a um totalitarismo e, conseqüentemente, ao uso arbitrário do poder coercitivo do Estado.

Percebe-se novamente uma tentativa de limitação material do poder político frente a possíveis arbitrariedades do Estado. Para tanto, Rawls tenta construir um raciocínio com os elementos ora apresentados:

As pessoas razoáveis vêem que o *burdens of judgment* coloca restrições ao que pode ser razoavelmente justificado perante os outros e, por isso mesmo, endossam alguma forma de liberdade de consciência e autonomia de pensamento. E, acreditam que não é razoável que se usemos o poder político se dispusermos dele para reprimir visões abrangentes que não deixam de ser razoáveis. (...) Não há razão, portanto, para qualquer cidadão ou associação de cidadãos ter o direito de empregar o poder coercitivo do Estado para decidir fundamentos constitucionais ou questões básicas de justiça segundo as diretrizes da doutrina abrangente desse cidadão ou associação de cidadãos. (...) Um regime constitucional não exige uma base de acordo em relação a uma dada doutrina abrangente: a base de sua unidade está em outro lugar, (...) no *overlapping consensus*. (RAWLS, 2000a, p. 105-108).

Como conclusão do trecho extraído, percebe-se que a função do Estado é garantir uma das bandeiras da sociedade liberal, qual seja, o pluralismo. Ele realizará esse objetivo por meio da preservação dos princípios da justiça e da moldura construída pelo *overlapping consensus* (consenso sobreposto).

No que tange à separação de poderes, John Rawls expressa uma teoria de mais de três divisões de governo, ou melhor, do “autogoverno” da cidadania: (1) função legislativa; (2) função executiva; (3) função judiciária; (4) função suprema de governo; (5) função do tribunal de última instância da cidadania (ORIHUELA, 2014). Esta divisão extrai-se do seguinte trecho da obra de Rawls (RAWLS apud ORIHUELA, 2014):

[...] o Estado é... navio em alto-mar (...) Presume-se que **o governo** vise ao bem comum... Os fundamentos do **autogoverno** não são apenas de ordem prática (...) Deve haver uma **divisão do trabalho** (...) o **legislativo**, o **executivo** e o **judiciário** (...) o **poder supremo de governo** não pode caber ao legislativo, [nem ao executivo], nem ao supremo tribunal (...) **O tribunal de última instância** não é o judiciário, nem o executivo, nem o legislativo, mas sim... **a cidadania... o eleitorado** como um todo (RAWLS, 1997, pp. 255, 305 e 433; e 2000, pp. 277 e 283) (destaque e negritos do autor).

Nesta divisão proposta por Orihuela, o povo não deixa de ser o árbitro das controvérsias entre os poderes. A professora Deborah Dettmam Matos também possui opinião neste mesmo sentido e ressalva a importância do povo como detentor final do poder (MATOS, 2017).

Deborah Dettmam, corroborando sua tese, cita um dos princípios de Constitucionalismo proposto por Rawls, qual seja: o poder supremo de um governo em que não cabe ao Legislativo nem ao Judiciário, mas aos três poderes, numa relação devidamente especificada de uns com os outros e sendo cada um responsável perante o povo (MATOS, 2017).

Para uma melhor visualização desta ideia, a autora procurou debater a proposta do que vem a ser “*supremacia*”. Supremacia pode ser entendido como monopólio da interpretação constitucional, exclusividade esta que não é encontrada na obra de Rawls, mas sim no poder do povo. Supremacia pode, ainda, significar o detentor da decisão final, que também, para a obra do professor norte-americano, desagua na ideia de poder do povo (MATOS, 2017).

Superada a ideia de limitação de poderes e da organização política rawlsiana, trata-se, por conseguinte, da democracia constitucional proposta por Rawls. Para tanto, resgatar-se-á a divisão proposta por Bruce Ackerman e suas principais características. Definidos os modelos propostos, será investigado o que mais se aproxima da proposta rawlsiana.

4.8 MODELO DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Ackerman apresenta três classes de democracia constitucional: a democracia monista, a democracia fundamentalista e a democracia dualista. A democracia monista se aproxima da

dos ingleses e israelitas. A democracia fundamentalista é a praticada pela Alemanha. Já a democracia dualista encontra guarida nos Estados Unidos (CABALLERO, 2018).

Na democracia monista tem-se na figura dos representantes a autoridade mais importante. Como consequência, há uma recusa em qualquer medida que tenha o objetivo de controlar a atividade legislativa. Nesta democracia não há uma distinção entre as decisões do povo e as dos representantes do povo (MOURA, 2009).

Na concepção fundamentalista os direitos fundamentais largam na frente e são protegidos (não podem ser alterados) conforme consagra a Constituição. Não se esquece da soberania popular, mas reconhece-se, em primeiro lugar, a proteção dos direitos e liberdades. No caso de o parlamento, em sua atividade típica, ferir os direitos fundamentais, o poder Judiciário deve ser acionado e intervir (CABALLERO, 2019).

Já a concepção dualista, proposta por Ackerman e Rosenkrantz (*We the People*), é uma concepção que aponta para dois momentos de decisões políticas diferentes. No primeiro momento há a atuação dos representantes (*we the politicians*) do povo por meio da atividade política comum. No segundo momento há a atuação do próprio povo quando (*we the people*) este age de modo soberano para decidir as direções que devem ser definidas nos momentos constitucionais (MOURA, 2009).

Ackerman e Rosenkrantz, segundo Cecília Caballero, aponta que a função da representação é suscitar a legitimidade material nestas situações que o autor denominou de momentos constitucionais (ACKERMAN; ROSENKRANTZ *apud* CABALLERO, 2019, p. 149):

Estes momentos constitucionais estão caracterizados por distintas circunstâncias: primeiro, pelo fato de que um extraordinário número de cidadãos está seguro da seriedade do assunto que se discute. Seriedade muito maior que a seriedade que se outorga às decisões políticas normais; segundo, pelo fato de que todos os cidadãos tiveram a oportunidade de organizar-se para expressar sua forma de ver o problema que se discute; e, terceiro, pelo fato de que existe uma maioria partidária de uma determinada forma de resolver o problema em uma questão. Somente quando uma norma legal satisfaz estes três requisitos uma concepção dualista da democracia outorgará a esta norma a classe de legitimidade – mais alta – que se outorga às decisões tomadas pelo povo.

Em síntese, uma forte mobilização popular é capaz de alterar decisões judiciais que envolvam valores políticos. Para Ackerman, o momento constitucional seria o ponto de intercessão entre a devoção cívica de Rousseau e a ideia de que a atividade do povo se resumiria apenas à prática do voto (CABALLERO, 2018).

O autor americano se alinha com a compreensão de democracia constitucional dualista proposta por Ackerman. Para Rawls, o modelo dual é o resultado do poder constituinte e do

poder constituído. Atribui-se a superioridade da Constituição, pelo fato de ter sido elaborada pelo povo e rejeita-se a supremacia do parlamento (CABALLERO, 2018).

Ocorre que se pode vislumbrar uma possível identificação da ideia de democracia fundamentalista com a proposta rawlsiana. Como solução, Rawls sugere uma reformulação na ideia de democracia dualista. Os momentos constitucionais exigem a presença de uma ideia de direito das maiorias. Para Rawls, os momentos constitucionais devem, necessariamente, defender os direitos fundamentais em primeira ordem. Se os momentos constitucionais resultarem em restrições aos direitos fundamentais que já foram estabelecidos, se está diante de “rupturas antidemocráticas” (MOURA, 2009). Não se deve aceitar qualquer possibilidade de abalo nos direitos fundamentais, pois é a partir deles que se é possível chegar ao consenso constitucional (CABALLERO, 2018).

4.9 O ENFRENTAMENTO DAS CRISES

Quando se fala de Constitucionalismo como momento histórico há momentos para a guinada de concepção. Do mesmo modo que a Revolução Francesa, o desenvolvimento do Estado Moderno e a evolução científica marcaram a virada do Constitucionalismo, o momento atual também está reivindicando uma nova mudança de ciclo, de perspectiva, ou seja, de um novo Constitucionalismo. Após grandes convulsões sociais surgem movimentos para responder elas. A crise financeira e especulativa iniciada no ano de 2008 e a revolução tecnológica comunicativa das redes sociais e os seus fatos sociais gerados, tais como intolerância, radicalismo e populismo são movimentos históricos que exigem uma reformulação da doutrina constitucionalista. O primeiro elemento do Constitucionalismo de Rawls é encontrado. A possibilidade de rompimento de ideologias antigas e a construção de uma nova ideologia.

O poder constituinte, já deve ser visto com a cautela que o instrumento constitucional exige. A formação da assembleia constituinte apresentada por Sieyès é remodelada. A constituinte será exercida por representantes do povo e com limitações. A construção proposta por Rawls mostra que ele repudia o radicalismo e a ruptura revolucionária. A limitação deste poder não dá espaço para a prevalência de uma doutrina específica ou para uma tirania da maioria.

Em momentos de crise se abre espaço para a ruptura em que um regime totalitário encontra espaço para seu programa se concretizar. O pluralismo na Teoria do Poder Constituinte de Rawls é assegurado. No momento em que os princípios fundamentais da

justiça controlam a construção da Constituição com a garantia da participação tanto do grupo majoritário quanto de grupos minoritários é possível a construção de uma Constituição em que as concepções individuais de cada cidadão sejam projetadas no corpo normativo da Constituição. A Constituição, proposta nos moldes formulados por Rawls, dará um novo vigor ao sentimento de representatividade do seu povo.

A interpretação constitucional de Rawls vai diminuir o grau de discricionariedade dos agentes públicos da estrutura básica da sociedade. E mais que isso, ele nos oferece a visão substantiva dos direitos, rebatendo a simples subsunção do fato à norma. A racionalidade será a responsável pelo combate à discricionariedade e à construção do discurso substantivo dos agentes públicos. Com isso, corrobora-se uma valorização do poder normativo da Constituição. Ele resgata a vontade da norma que no presente momento encontra-se enfraquecida pela crise econômica e financeira.

Os direitos e liberdades fundamentais propostos por Rawls são os elementos de sua Teoria dos Direitos Fundamentais. Eles têm um peso absoluto com respeito às razões do bem público e dos valores perfeccionistas. Há um núcleo duro na Teoria de Direitos Fundamentais de Rawls. Esta teoria é mais um reforço ao fortalecimento do poder normativo da Constituição que se encontra enfraquecido. Como se extrai do momento trabalhado sobre o tema, esses direitos possuem um baixo grau de alterabilidade e quando revisados não podem satisfazer interesses de partidos ou grupos, levando à desconfiança e à turbulência. No momento em que os agentes públicos cedem espaço para as imposições de grandes blocos econômicos há uma consequencialidade que vai minar com a ordem constitucional, o que de fato vem ocorrendo. É preciso garantir os direitos e liberdades encontrados na Teoria dos Direitos Fundamentais de Rawls.

A jurisdição constitucional rawlsiana dá uma resposta à “jurisprudência de crise”. As decisões da Corte Constitucional portuguesa são reflexos da crise econômica e financeira de 2008. O elemento razão pública atrelado ao papel das Supremas Cortes enfrenta o decisionismo constitucional que foi complacente com as imposições externas. Na economia política, é possível enxergar tanto o modelo de livre funcionamento do mercado quanto o coletivista como razões econômicas abrangentes, na medida em que representam diferentes visões ideológicas sobre a justiça econômica. A política econômica deve ser objeto de ampla discussão pela sociedade e reflexo de seus anseios, mas a cristalização de um ou outro modelo como verdades absolutas necessariamente afasta o modelo oposto do debate, o que não se coaduna, portanto, com o ideal de razão pública.

A Suprema Corte é uma dessas instituições responsáveis pela promoção desse debate. Rawls propõe este Tribunal como um Tribunal Político. O autor é defensor do ativismo judicial e vê esta instituição com um *status* especial na promoção da razão pública. Nela Rawls defende uma abordagem procedimental de intervenção na economia que deve albergar os desejos de seus nacionais, de seus cidadãos, da estrutura básica da sociedade em que fazem parte. Remete-se novamente a trecho da obra do autor americano que corrobora a ideia do papel do povo e da Corte no decisionismo produzido por ela: “A Constituição não é o que a Suprema Corte diz que é. Mais precisamente, ela é o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, por fim, permitirá à Corte dizer o que é” (RAWLS, 2005, p. 237). A deliberação realizada neste fórum de discussão tem a função educativa, participativa e, conseqüentemente, legitimadora das decisões judiciais. A questão da legitimidade é constantemente debatida na abordagem procedimental de Rawls e se vê como uma alternativa satisfatória para a crise atual. Ameaças à Constituição e aos seus cidadãos promovidas pela “jurisprudência de crise” podem levar inclusive a tentativas de rupturas democráticas, o que não é desejável em nenhuma sociedade.

O reconhecimento do pluralismo razoável como um dos elementos de formação da Teoria de Limitação de Poderes rawlsiano pode ser encontrado no seu aspecto social da cultura cotidiana de uma estrutura básica da sociedade. Assim escreve Rawls: “[...] onde existe uma pluralidade de doutrinas razoáveis, é irracional, ou ainda pior, desejar utilizar sanções advindas do poder do Estado para corrigir ou castigar aqueles que não estariam de acordo com as nossas opiniões” (RAWLS, 1996, p. 138).

O pluralismo razoável é o responsável por tentar rebater a polarização e o radicalismo que a crise comunicativa está produzindo. Um ideal de tolerância liberal trás a ideia de que um Estado liberal justo é aquele neutro em relação às diferentes concepções de bem dos seus cidadãos. Neste momento recordemos que o pluralismo razoável anda umbilicalmente ligado ao consenso sobreposto, e o consenso sobreposto é dividido em consenso constitucional e consenso sobreposto propriamente dito. Ocorre que o primeiro se relaciona à elaboração da constituição com base nos princípios de justiça escolhidos para reger a estrutura básica da sociedade, e o segundo vai mais além, é mais amplo. O consenso sobreposto propriamente dito busca a construção de um *modus vivendi* que deve ser construído a partir de uma projeção dos princípios de justiça e dos valores definidos na Constituição e, em conjunto com o equilíbrio reflexivo e de constante revisão, serem aplicados no espírito social de um grupo. Quando Rawls apresenta o ideal de tolerância aplicado ao Estado, ele também quer que o ideal de tolerância seja aplicado ao corpo de cidadãos de uma sociedade.

A tolerância acontece quando existe uma convivência respeitosa entre as diferenças. Já a intolerância é um comportamento que se materializa na violência física ou simbólica motivada pelo ódio. A limitação e a ideia de freios e contrapesos são diferentes da ideia de intolerância. Para poder realizar a limitação de poderes no corpo social, ele também lança o critério da reciprocidade, que é entendido em sua obra como a disposição em conceder aos outros o respeito merecido, fazendo uso de uma razão pública, baseada na cooperação. Quando se faz uso da razão, é possível alcançar a construção de um acordo político valendo-se da reciprocidade e da tolerância. O pluralismo, o consenso sobreposto, o ideal de tolerância, o critério de reciprocidade e a razão pública respondem à crise comunicativa.

Por fim, o autor acredita que a saída para a garantia da liberdade de participação igual é o estabelecimento de instituições independentes, organizadas pela sociedade civil e mantidas distantes do poder econômico (RAWLS, 1996, p. 383-385). Busca-se garantir a construção de uma sociedade com seus pares e não com grupos externos à estrutura básica da sociedade em que o Constitucionalismo se aplica. Com isso, pode-se demonstrar que o Constitucionalismo encontrado em Rawls, consubstanciado pelo direito fundamental de participação igualitária, conjugado com um distanciamento do poder econômico dos grandes blocos financeiros, pode ser uma alternativa para a crise do Constitucionalismo atual.

A crise de legitimidade e representação é respondida quando a Constituição é construída por princípios em que todos os cidadãos livres e iguais podem subscrever à luz de uma razão humana comum. Esta mesma Constituição é elaborada por um consenso constitucional que garante legitimidade e representação, estruturando o exercício do poder político da sociedade.

A intolerância é combatida no momento em que o Constitucionalismo de Rawls reconhece o pluralismo de doutrinas razoáveis e exige uma limitação de poderes no momento em que a liberdade de uma doutrina razoável violar outra doutrina também razoável. A solução encontrada é a construção de um consenso constitucional e de um consenso sobrepostos.

Durante todo este percurso bibliográfico enfrentado, demonstrou-se um Constitucionalismo encontrado na obra de John Rawls, em que, na essência, busca-se resgatar a vontade das Constituições, o seu valor normativo, apresentando mecanismos políticos e razoáveis para uma reformulação do vigor do poder normativo da Lei Fundamental.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta dissertação orbitou por duas disciplinas. Mesmo atravessando por duas ciências autônomas, há de se reconhecer uma relação simbiótica das mesmas, quais sejam, a Filosofia política e a teoria do Direito. Para se encontrar o ponto em comum das duas, certos recuos ocorreram. Não se procurou esmiuçar todos os pontos da doutrina filosófica selecionada, mas sim as partes que encontravam um contato com a teoria jurídica investigada. Vocábulos novos foram apresentados e instrumentos contrafactuais foram remodelados e assim foram inseridos de forma importante no campo constitucional contemporâneo.

A observação do processo de justificação, de legitimação e seus consequentes mecanismos de desenvolvimento de uma concepção de justiça em uma estrutura básica da sociedade encontrados nas lições de John Rawls permite-nos colocar uma Teoria Constitucional como ocorrência operacional reflexiva que produz condições para a mitigação de problemas constitucionais contemporâneos.

Neste sentido, buscou-se uma proposta de explicitar os problemas que envolvem o Constitucionalismo como sendo um fenômeno de erosão do Estado de Direito, sobretudo, nos escritos que foram tentados dispor no primeiro capítulo. A crise financeira que assolou toda a Europa trouxe consequências diretas nos direitos sociais. Um efeito dominó pôde ser visualizado. Após a crise financeira, veio a crise de representatividade e de legitimidade externa. Os seus nacionais não se viam mais representados por seus governantes. A soberania dos países se envergava para as imposições dos blocos econômicos. A revolução das redes sociais disseminou estas informações, gerando polarização extremada e fragmentação do espaço público.

O princípio da vedação ao retrocesso foi reconhecido pela inadmissibilidade de revogação de normas que concedem e ampliam direitos fundamentais. Este princípio conseguiu barrar as medidas econômicas impostas pelos blocos internacionais. Destacou-se que esta flexibilização dos direitos sociais não foi realizada só pelos representantes do poder Executivo e Legislativo, mas também do Judiciário, com a chamada “jurisprudência da crise” construída no Tribunal Constitucional de Portugal.

A normatividade da Constituição se viu fragilizada no momento em que não conseguiu fazer valer os princípios e preceitos constitucionais devido à pressão orçamentária imposta por blocos econômicos supranacionais. Reconheceu-se esse fato com o surgimento da “Constituição econômica” do Estado social em que se dá uma interpretação econômica à Constituição, sem modificar o seu texto.

A crise de legitimidade foi apresentada como uma condição em que uma ordem política ou um Estado perdem a capacidade de obter apoio ou de investir-se de autoridade suficiente para exercer a sua gestão. A crise de legitimidade foi apresentada tanto no seu aspecto interno quanto no seu aspecto externo. No tópico desenvolvido sobre o tema, trabalhou-se a ideia de crise de legitimidade e crise de representatividade como intercambiáveis. Os posicionamentos teóricos de Habermas e Bobbio foram apresentados como forma de visualização das consequências da crise de legitimidade.

A crise de legitimidade, no seu âmbito interno, foi percebida com um distanciamento entre a sociedade e o Estado. No contexto democrático eleitoral há um distanciamento entre representante e representado, o que faz com que a sociedade desenvolva um sentimento de desconfiança em relação à política e ao governo. A crise de 2008 mostrou a incapacidade dos Estados de atender às expectativas e interesses da sociedade. Somado, o financiamento de campanhas eleitorais por grandes empresas fez com que os eleitos para cargos do Executivo e do Legislativo defendam interesses do empresariado que arcou com os custos das eleições.

Externamente, neste ambiente de crise, a soberania das nações só é respeitada no momento em que a postura política destas nações está alinhada com os interesses dos mercados financeiros globais. Torna-se quase impossível qualquer tentativa de contestação aos ditames internacionais, diante da forte relação de dependência.

A crise comunicativa é uma mazela recente da nossa esfera pública que foi tratada de maneira introdutória, pois este fato social ainda está em andamento. A polarização, o radicalismo e a fragmentação do espaço coletivo de diálogo são características desse fenômeno.

A proposta realizada pela presente dissertação de mestrado foi enfrentar as crises apresentadas a partir de uma perspectiva filosófico-constitucional. Apresentaram-se os motivos da eleição do autor John Rawls para tratar do tema, quais sejam, tentativa de uma teoria que viesse a substituir as teorias políticas do utilitarismo e do intuicionismo, arraigadas por bastante na sociedade ocidental.

Os elementos de relevo do autor para a formação de uma Teoria da Constituição foram trabalhados ao longo do segundo capítulo. Eles foram os princípios fundamentais, a posição original, o equilíbrio reflexo, o véu da ignorância, o pluralismo, o consenso sobreposto e a razão pública.

Os princípios da justiça são os preceitos que direcionam um sistema político de regras para a definição de cargos e posições com seus respectivos direitos e deveres. O autor elenca

dois princípios e um subprincípio; são eles, na ordem lexicográfica também proposta, a liberdade, a igualdade de oportunidades e o subprincípio da diferença.

Rawls idealizou um pacto social entre todos os cidadãos em que estes, em uma posição original e cobertos sob um “véu de ignorância”, escolheriam os princípios da justiça que devem governar uma sociedade básica. O véu da ignorância é a situação em que ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua posição ou status social, nem sua fortuna na distribuição dos bens e habilidades naturais. A deliberação da escolha desses princípios será um processo de justificação pública em que haverá um constante diálogo e revisão para se chegar a um acordo razoável. Este processo é o equilíbrio reflexivo.

O pluralismo foi apresentado como um fato definitivo que faz parte das características essenciais de uma sociedade democrática moderna. É nesse espaço eclético que foi apresentado o consenso sobreposto. O consenso sobreposto foi descrito em duas etapas, o consenso constitucional e o consenso sobreposto. O primeiro foi entendido como o procedimento de construção de uma Constituição apoiada nos princípios da justiça. Já o segundo é mais amplo, trata-se da inserção dos princípios da justiça e dos valores na cultura pública. O equilíbrio reflexivo se manifestou presente na construção do consenso sobreposto.

A razão pública foi apresentada como o ato de deliberação pública e de justificação das práticas sociais e individuais em local público. Esse debate não é exclusivo dos cidadãos, mas também das autoridades oficiais. Ele é presente nos três poderes, entretanto exerce um papel especial no poder Judiciário, mais especificamente na Suprema Corte.

Apresentados os problemas e a fundamentação teórica, passou-se ao objeto da pesquisa. Retirou-se da doutrina apresentada um Constitucionalismo que enfrentasse os problemas da democracia contemporânea. Eis esta Teoria Constitucional.

Os princípios da justiça não constituem valores transcendentais como os direitos naturais, mas sim decorrentes da razão humana. Estes princípios constituem a base para a justificação das instituições públicas e uma destas instituições é a Constituição. Por serem princípios elaborados perante pessoas livres e iguais, há um *status* moral de igualdade e equivalência. Eles irão regular todos os acordos subsequentes.

Para execução da escolha dos princípios da justiça, apresentaram-se os quatro estágios propostos por Rawls. É no segundo estágio em quem se constrói uma Constituição. Retomou-se um trecho da obra de Rawls: “[...] o segundo estágio é a elaboração de um sistema para os poderes constitucionais do governo e para os direitos fundamentais dos cidadãos” (RAWLS, 2008, p. 241).

Os elementos constitucionais apresentados foram: (a) a definição do Constitucionalismo como movimento histórico responsável para limitação de poderes; (b) uma teoria do poder constituinte; (c) uma interpretação constitucional; (d) uma teoria dos direitos fundamentais; (e) a jurisdição constitucional; (f) a limitação e a organização política; (g) uma democracia constitucional.

Como momento histórico, foram apresentados os fatos que reivindicavam um Constitucionalismo para Rawls, quais sejam, a Reforma Religiosa, o desenvolvimento do Estado Moderno e o desenvolvimento da ciência. Todos estes acontecimentos reivindicavam novos princípios constitucionais.

Cecília Caballero contribuiu para a apresentação de uma teoria do Poder Constituinte de Rawls. Apoiado em suas lições, a Constituição, para Rawls, foi descrita como a expressão do poder constituinte enquanto poder do povo para estabelecer um novo regime e estabelecer um marco para regular o poder ordinário.

Rawls deixou transparecer uma teoria do poder constituinte na posição original visível a partir da identificação dos princípios da justiça. Os princípios da justiça foram apresentados como controladores/limitadores deste pacto constitucional. É neste momento a gênese de uma teoria constituinte autônoma e sua diferença com o Constitucionalismo tradicional ilimitado.

A primeira etapa do consenso sobreposto propriamente dito foi apresentada como sendo o consenso constitucional. Nele haverá a concordância restrita a direitos e liberdades políticas fundamentais. Direito de voto, liberdade de expressão, liberdade de associação foram alguns dos direitos elencados. Apresentou-se que, no consenso constitucional, a Constituição irá garantir certos princípios e liberdades da justiça política e estabelecer procedimentos eleitorais democráticos para moderar a disputa política na sociedade. Quando o consenso constitucional encontra estabilidade, os princípios fundamentais da sociedade serão projetados na sociedade como um todo.

Quanto à interpretação constitucional, mostrou-se uma virada de chave na teoria tradicional que propunha a subsunção da Lei Fundamental ao fato e uma discricionariedade baseada no senso comum teórico dos juristas. Esta discricionariedade fazia parte da ideia intuicista que Rawls enfrentou. Defendeu-se que Rawls propôs uma regularidade e uma homogeneidade na interpretação da Constituição. Para o autor não é possível uma resposta prévia ou sem espectros norteadores, mas sim um resultado/decisão/interpretação que é construído a partir de um processo puro em que os princípios de justiça escolhidos gravitam ao redor das regras.

Uma Teoria dos Direitos Fundamentais é encontrada quando Rawls trata dos elementos constitucionais essenciais. Como mencionado, o autor dividiu os elementos essenciais em dois tipos. O *status* de fundamentais ficou para o segundo tipo elencado, quais sejam, os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar, tais como o direito ao voto e à participação na política, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento e de associação.

Apresentou-se que para Rawls a liberdade que ele defende é um sistema de liberdades que representa o valor absoluto, pois cada liberdade pode ser reduzida ou alargada conforme a demanda do conjunto de direitos constitucionais. O “núcleo essencial” da Teoria de Direitos Fundamentais rawlsiana foi apontado como sendo o princípio da liberdade.

Na democracia constitucional descrita ao longo dos capítulos, de acordo com Rawls, há uma distinção entre lei suprema e lei ordinária. Cabe à Jurisdição Constitucional, sua Suprema Corte, a proteção da lei suprema por meio do controle da razão pública, evitando que ela seja transgredida por leis ordinárias ou por interesses de maiorias transitórias. Foi destacado o papel ora majoritário, ora contra-majoritário da Corte, sua contribuição para a publicidade da razão pública, o exercício da educação da cidadania e a vitalidade para os fóruns públicos. Todo o debate que ocorre na Suprema Corte deve ser de índole política. Para Rawls a Jurisdição Constitucional é um Tribunal Político.

Para uma teoria de limitação dos poderes, Rawls reconhece os mecanismos tradicionais, mas acrescenta alguns outros. O véu da ignorância é um desses instrumentos limitadores para a garantia da escolha dos princípios da justiça. O pluralismo também foi apresentado como um limitador. Doutrinas diversas tornam-se vigilantes de outras doutrinas. Na situação em que há apenas uma ideologia, haverá o totalitarismo. A limitação de juízos mostrou que não é razoável usar o poder político para reprimir visões abrangentes. Na divisão de poderes a associação de cidadãos foi apresentada como a última instância da cidadania.

O modelo de democracia constitucional proposto por Rawls no último tópico do capítulo se alinhou com a proposta dualista de Ackerman, mas com suave flerte com a proposta fundamentalista. O modelo dual é o resultado do poder constituinte e do poder constituído. Atribui-se a superioridade da Constituição, pelo fato de ter sido elaborada pelo povo e rejeita-se a superioridade do Parlamento. A aproximação com o modelo fundamentalista foi no momento em que se evita qualquer possibilidade de abalo nos direitos fundamentais para se alcançar ao consenso constitucional.

Ao final deste trabalho, chegou-se à ideia de que o Constitucionalismo proposto por Rawls não pode ser considerado como uma panaceia para o Estado Democrático de Direito. O

debate quanto aos problemas constitucionais e democráticos enfrentados está longe de ser esgotado ou talvez nunca acabe. O que se almejou nesta caminhada acadêmica foi uma teoria que pudesse contribuir para minimizar as tensões enfrentadas no ambiente político e jurídico por meio da construção de uma Teoria da Constituição mais justa.

Uma teoria prescritiva é um modelo abstrato e geral que um certo projeto busca alcançar. Ela repousa na busca de um compromisso ético ou comportamento a serem recomendados, alcançados ou desejados. O resultado alcançado pela presente pesquisa foi uma teoria prescritiva, apoiada na doutrina de John Rawls, em que se deseja a incorporação de certos institutos (alguns abstratos e impossíveis de serem implementados como a posição original e o véu da ignorância, mas outros com uma maior possibilidade de aplicação, como o consenso sobreposto e a razão pública). O Constitucionalismo de Rawls é uma busca por um compromisso ético dentro de uma estrutura básica da sociedade. É uma proposta de busca por algo que de fato pode ser inalcançável, mas o propósito é a constante busca para uma sociedade melhor, um sentido (positivo) para a vida dos cidadãos que formam esta sociedade. Um significado por si mesmo, por si só. Obrigado.

REFERÊNCIAS

ABEL, H. **Os fundamentos epistemológicos do direito no constitucionalismo contemporâneo**. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. 2016.

ABBOUD, G. Utopia, distopia e constituição: tempos de crise. In: Rafael de Lazari; Renato Bernardi. (Org.). **Crise constitucional: espécies, perspectivas e mecanismos de superação**. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, v. 1, p. 19-32.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Constitucionalismo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: CAMPILONGO, C. F., GONZAGA, Á. de A.; FREIRE, A. L. (coords.). **Tomo: Direito Administrativo e Constitucional**. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522014000100001&lng=en&nrm=iso. Acesso em 08 jun. 2020.

ARAÚJO, A. F. de. A posição original no contratualismo de John Rawls. **Aurora (PUCSP. Online)**, v. 7, p. 7-21, 2014.

AUDARD, C.. John Rawls e o conceito do político – introdução”. In: RAWLS, John. **Justiça e democracia**. (Tradução de Irene Paternot). São Paulo: Martins Fontes, 2000. pp. VII-XXXV.

BARROSO, L. R. **A reforma política**: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3156635/mod_resource/content/1/Texto%20Barroso%20Sistema%20de%20Governo%2C%20eleitoral%20e%20partid%C3%A1rio.pdf. Acesso em: 11 ago. 2020.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. São Paulo, SP, RJ: Saraiva, 2009.

BIAGI, C. P. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris ed., 2005.

BONFIM, V. S.; PEDRON, F. Q. A razão pública conforme John Rawls e a construção legítima do provimento jurisdicional no STF. **Revista de Informação Legislativa**, v. 54, p. 203-223, 2017.

BORGES, F. T.; FERNANDEZ, L. A. L.; CAMPOS, G. W. de S. Políticas de austeridade fiscal: tentativa de desmantelamento do Sistema Nacional de Salud da Espanha e resistência cidadã. **Saúde soc.**, São Paulo, v. 27, n. 3, p. 715-728, Sept. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902018000300715&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 13 nov. 2020.

BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRUM, A. L.; BEDIN, G. A.; PEDROSO, M. N. C. A globalização, o declínio da soberania do estado e a crise econômica de 2007/2008: a necessidade de criação de um sistema de governança econômica global. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 1, p. 229-249, 2013.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

CABALLERO, C.; FERRI, C. **Constituição e constitucionalismo na teoria da justiça de John Rawls**. Curitiba: Juruá, 2018. v. 1. 180p.

CALLEJÓN, F. B. As duas grandes crises do constitucionalismo diante da globalização no século XXI. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 19, n. 3, p. 681-702, jun. 2019.

_____. Constitutional courts under pressure: new challenges to constitutional adjudication. the case of Spain. In: SZENTE, Z.; GÁRDOS-OROSZ, F. (ed.). **New challenges to constitutional adjudication in europeu**: a comparative perspective. Londres: Routledge Editora, 2018. p. 164-184.

_____. Crise económica y crise constitucional en Europa. **Rev. Española de Derecho Constitucional**, n. 98, p. 91-107, mayo/agosto 2013a. Disponível em: <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/39779/22466>. Acesso em: 05 ago. 2020.

_____. Una interpretación constitucional de la crise económica. **Rev. de Derecho Constitucional Europeo**, n. 19, 2013c. Disponível em: https://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/15_F_BALAGUER.htm. Acesso em: 05 ago. 2020.

CAMPUZANO, A. J. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CANOTILHO, J. J. G.. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 47.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Ed, 2008.

CANOTILHO, J.J. G. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

CARVALHO, K. S. **Direito constitucional: teoria da constituição e direito constitucional positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO, F. A teoria da justiça de Rawls como uma teoria de direitos fundamentais. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 2, p. 35-60, 2014.

CASTELLS, M. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CONTINENTINO, M. C. Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal. **Consultor Jurídico** (São Paulo. Online), v. 1, p. 1, 2015.

CUREAU, S. Considerações sobre a crise da democracia representativa brasileira. In: DE LAZARI, R; BERNARDI, R. (Org.). **Crise constitucional: espécimes, perspectivas e mecanismos de superação**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2015, v. 1, p. 33-55.

DALLARI, D. A. **A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45

DANNER, L. F. Justiça distributiva em Rawls. **Thaumazein (Santa Maria)**, v. 2, p. 01-22, 2008.

_____. O fato do pluralismo em Rawls: sobre a fundamentação da sociedade política. **Anais de Filosofia (UFSJ)** (Cessou em 2002. Cont. ISSN 1982-9124 Estudos Filosóficos), v. 5, p. 155-173, 2010.

DE CABO, C. Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, n. 11, jan./jun. 2009.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, A. C. A.. Legitimação procedimental e modernidade: a problemática da legitimidade jurídico-política em sociedades complexas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 38, n. 150, p. 99-120, abr./jun. 2001.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. (Tradução de Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DUARTE, É. O. R.; POZZOLO, S. . **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DUTRA, D. J. V.; ROHLING, M. O direito em uma "Uma teoria da justiça" de Rawls. **Dissertatio** (UFPel), v. 34, p. 63-89, 2011.

FARIA, José Eduardo. **O estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FELDENS, G. O. A razão pública no liberalismo político de John Rawls. **Perspectiva** (Erexim), v. 36, p. 61-71, 2012.

FRANÇA JÚNIOR, I. B. **A responsabilidade social e econômica da sociedade empresária na perspectiva da justiça distributiva de John Rawls**. Mestrado em Direito. Universidade Federal de Sergipe. Brasil. 2017.

FIGUEIREDO, L. V. Reflexões sobre o novo constitucionalismo latino americano na geopolítica mundial face à crise financeira de 2008. **Revista da AGU**, v. 15, p. 291-308, 2016.

FROSINI, T. E. **Internet e democracia**. Il diritto dell'informazione e dell'informatica, ano XXXII, fasc. 4-5, p. 657-671, 2017.

GUIMARÃES, D. T. **Dicionário técnico jurídico**. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2004.

GUIMARAENS, F. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. (Tradução de Flávio Beno Siebeneichler) 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Legitimation Crisis**. Chapter 6. Theorems of Legitimation Crisis. Boston: Beacon Press, 1975, pp. 68-75.

_____. Problemas de legitimação no estado moderno. In: _____. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Brasiliense, 1990.

HESSE, K. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HORTA, R. M. Permanência e mudança constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 29, n. 115, p. 5-25, jul./set. 1992.

KOZICKI, K.; BARBOSA, E. M. Q. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Seqüência** (Florianópolis), v. 56, p. 151-176, 2008.

KYMLICKA, W. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. (Tradução de Luís Carlos Borges). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEITE, G. **Constitucionalismo e sua história**. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/constitucionalismo-e-sua-historia/>. Acesso em: 29 maio 2020.

LIMA, N. de O. **10 lições sobre John Rawls**. Petrópolis: Editora Vozes, 2019. v. 1. 50 p.

LOIS, C. C. **Uma teoria da constituição**: justiça, liberdade e democracia em John Rawls. Florianópolis, 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina.

MARTINS, G. B. **O constitucionalismo fraternal**. 2015. Dissertação (Mestrado em Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito) - Instituição Toledo de Ensino. 2015.

MATOS, D. D. Concentração, divisão e controle do poder legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular. 2017. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.

MATTOSINHO, F. A. N.; STIPP, L. **A Constituição Federal de 1988 por detrás do véu da ignorância de John Rawls**. In: **Anais do I Seminário Internacional Sobre Fundamentos Constitucionais Do Estado**, Lorena/SP, 2015.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

MOURA, J. S. **A crítica de Bruce Ackerman à teoria de John Rawls**. 2009. (Apresentação de Trabalho/Comunicação).

OLIVEIRA, N. F. de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

OLIVEIRA, P. C.. **Liberalismo político de John Rawls**: religião, secularismo e pluralismo. Curitiba: CRV, 2020. v. 1. 542p .

OLIVEIRA, P. C. de. **Teoria da justiça de John Rawls**: tensão entre o procedimentalismo puro (universalismo) e procedimentalismo perfeito (contextualismo). Curitiba: Juruá, 2015.

ORIHUELA, M. A. C. O princípio da separação de funções e a autonomia e independência constitucionais da educação e outras funções essenciais à Justiça. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4086, 8 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31555>. Acesso em: 1 set. 2020.

PARANHOS, D. G. de A. M. et al. As teorias da justiça, de John Rawls e Norman Daniels, aplicadas à saúde. **Saúde debate**. Rio de Janeiro, v. 42, n. 119, p. 1002-1011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042018000401002&lng=en&nrm=iso. Acesso em 07 out. 2020.

PEREIRA, A. C. M. Crise econômica e direitos sociais: uma análise sobre a constitucionalidade de restrições a direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais - REI**, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 1353-1392, fev. 2018. ISSN 2447-5467. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/209/174>. Acesso em: 06 ago. 2020.

PEREIRA, A. C. M. Crise econômica e direitos sociais: uma análise sobre a constitucionalidade de restrições a direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais - REI**, v. 3, p. 1353-1392, 2017.

PESSOA, C. L. C.; POMPEU, G. V. M. **O constitucionalismo e a crise do estado social do século XXI**: reflexos em Portugal. XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2012, v. 1, p. 25-45.

PINTO, F. C. S; BOAS FILHO, O. V. ; SILVA, G. N. F. Capitalismo e democracia: da crise econômica de 2008 à crise de legitimação política. **Revista Direito UFMS**, v. 5, p. 166-186, 2020.

POGGE, T. **John Rawls: his life and theory of justice**. NY: Oxford University Press, 2007.

PORFÍRIO, F. "**Contratualismo**". Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilestudo.uol.com.br/sociologia/contratualismo.htm>. Acesso em: 11 out. de 2020.

PUCCINELLI JÚNIOR, A. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. (Tradução de Almiro Pisetta e de Lenita Maria Rímoli Esteves). São Paulo: Martins Fontes, 2002a.

_____. **Justiça e democracia**. (Tradução de Irene Paternot). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Justiça como equidade**: uma reformulação. (Tradução de Cláudia Berliner). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O liberalismo político**. (Tradução de Álvaro de Vita). São Paulo: Edição WMF Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. (Tradução de Jussara Simões). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 24-241.

SABATER, J. A. **Constitucionalismo y derecho constitucional**. Velancia: Tirant lo Blanch, 1996.

SARLET, I. W. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

SALOMÃO, K. R. Habermas: em defesa da correlação entre direito, moral e política na esfera pública. **Revista do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Unijuí.**, v. 2, p. 197-217, 2014. Mestrado Em Direitos Humanos. ISSN 2317-5389.

SANCHÍS, L. P. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madri: Editorial Trotta, 2003.

SILVEIRA, D. C. Posição original e equilíbrio reflexivo em John Rawls: o problema da justificação. **Trans/Form/Ação** (UNESP. Marília. Impresso), v. 32, p. 139-157, 2009.

SORMANI, A. ; DIAS, J. A. . Crise constitucional: a negação do direito ao nome. In: DE LAZARI, R.; BERNARDI, R. (Org.). **Crise constitucional - espécies, perspectivas e mecanismos de superação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, v. 1, p. 321-344.

SOUZA, G. G. A flexibilização do conceito de soberania no âmbito da crise econômica da Zona do Euro. **Âmbito Jurídico**, v. 106, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-106/a-flexibilizacao-do-conceito-de-soberania-no-ambito-da-crise-economica-da-zona-do-euro/>. Acesso em: 10 de ago. 2020.

STRECK, L. L.; ABBOUD, G. **O que é isso - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014.

_____. L. L. O que é isto – o constitucionalismo contemporâneo. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 27-41, out. 2014. ISSN 2319-0884. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64>. Acesso em: 17 maio 2020.

STRECK, W. As crises do capitalismo democrático. **Novos Estudos - CEBRAP**. 35-56. 2012.

_____. **Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático**. São Paulo: Bomtempo, 2018.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRINDADE, U. Uma teoria da justiça de John Rawls e seus críticos. **Intuitio** (Porto Alegre), v. 8, p. 66-75, 2016.

VALÉRIO, A. F.; PEREIRA, R. U. A influência das teorias de rawls e de habermas em relação à legitimidade do exercício do poder constituinte. In: XXV Encontro Nacional do CONPEDI, 2016, Brasília. **Direito e Desigualdades: Diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo**, 2016.

VILLAS BÔAS FILHO, O. O impacto da governança sobre a regulação jurídica contemporânea: uma abordagem a partir de André-Jean Arnaud. **REDES - Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 4, n. 1, p. 145-171, 8 maio 2016. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/2865>. Acesso em: 06 ago. 2020.

VIEIRA, O. V. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros editora, 1999.

WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito**. O direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Safe, 1997.

WEBER, T. Autonomia e consenso sobreposto em Rawls. **Ethic@** (UFSC), v. 10, p. 131-153, 2012.