

O SISTEMA JURÍDICO E A GRAMÁTICA DOS DIREITOS NA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS

THE LEGAL SYSTEM AND THE GRAMMAR OF RIGHTS IN RAWLS THEORY OF JUSTICE

MARCOS ROHLING

Instituto Federal de Educação,
Ciência e Tecnologia Catarinense –
IFC,
Brasil
marcos_roh@yahoo.com.br

Received: 09 Jan 2023

Accepted: 01 Apr 2023

Published: 13 May 2023

Corresponding author:

marcos_roh@yahoo.com.br



Resumo: Intenta-se, neste artigo, discutir os elementos que envolvem a concepção rawlsiana de direito presentes na justiça como equidade. Para tal fim, o texto é arvorado como se segue: na primeira parte, explora-se o sistema de direitos que autor formula, de forma a se estabelecer uma definição de direito, bem como formulando uma tipologia dos direitos; na segunda parte, aborda-se o sistema jurídico que a justiça como equidade requer, caracterizando o estado de direito, assim como a função da lei e da punição na sociedade bem ordenada; finalmente, na terceira parte, discute-se a relação do ordenamento jurídico com o sistema de direitos, apontando para o modo como os direitos se incorporam às instituições sociais. Como resultado, espera-se empreender uma gramática dos direitos na justiça como equidade.

Palavras-Chave: Direito. Sistema Jurídico. Expectativa Legítima. Sistema de Direitos. Estado de Direito.

Abstract: In this article, it intends discussing the elements that involve involve the rawlsian conception of right present in justice as fairness. To this end, the text is raised as follows: in the first part, it explores the system of rights that the author formulates, in order to establish a definition of right, as well as formulating a typology of rights; in the second part, it argues the legal system that justice as fairness requires, characterizing the rule of law, as well as the role of law and punishment in a well-ordered society; finally, in the third part, it discusses the relationship between the legal system and the rights system, pointing to the way in which rights are incorporated into social institutions. As a result, it is expected to undertake a grammar of rights in justice as fairness.

Keywords: Right. Legal System. Legitimate Expectation. Rights System. Rule of law.

1. INTRODUÇÃO

Existem várias teorias para dizer da natureza e dos elementos que caracterizam os direitos. Pode-se dizer, de forma livre, que os direitos são reivindicações para realizar (ou não) certas ações ou que outros as realizem (ou não). É verdade que os direitos, especialmente a partir do pensamento político moderno, dominam o entendimento a respeito de quais ações são permitidas e de quais instituições são justas. Sendo esse o caso, os direitos estruturam as formas dos governos, definem o conteúdo das leis, assim como a forma da moralidade pública. Seguindo esse raciocínio, nesse cenário, aceitar um conjunto de direitos é compreender como adequada uma distribuição de liberdade e de autoridade, ou seja, uma determinada perspectiva do que pode e do que deve ou não ser feito.¹ A questão que se impõe é, pois a seguinte: esse entendimento se aplica à teoria da justiça como equidade de Rawls, que tem marcado os temas da filosofia política contemporânea?

De fato, Rawls se refere aos direitos ao longo de toda a sua teoria da justiça. Como pensador liberal, pode-se indagar se os direitos deveriam ser concebidos como valores absolutos que os indivíduos têm diante da autoridade governamental ou se deveriam ser vistos como algo diferente, mais assemelhado aos *trunfos*? A questão é importante porque os direitos jogam um papel significativo para Rawls: por exemplo, são eles que justificam a escolha dos princípios de justiça, e são eles, também, que oferecem razões para a crítica ao utilitarismo nos termos de uma teoria para a justificação de direitos. Não parece existir dúvidas quanto ao fato de que os direitos são um ponto significativo para a teoria da justiça como equidade.

Com efeito, ainda que tenha exercido uma significativa influência sobre a filosofia dos direitos, e embora usasse com frequência a sua linguagem², não há a mesma clareza a respeito do entendimento acerca da sua concepção de *direito*, isto é, do que concebia como sendo o *direito*. De fato, apesar de fazer referência a eles inúmeras vezes, em muitas passagens da sua perspectiva filosófica, em nenhum momento Rawls os define, bem como precisa os diferentes tipos de direitos albergados no interior da sua concepção de justiça.³ Observa-se,

¹ WENAR, Leif. Rights. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring, 2020 Edition. ISSN 1095-5054. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/rights/>. Acessado em 12 de out. 2020.

² MARTIN, Rex. **Rawls and Rights**. Kansas: University Press of Kansas, 1985, p. vii.

³ No mesmo sentido, apresentando o seu livro voltado à temática dos direitos em *Uma Teoria da Justiça*, Martin afirma que essa temática foi pouco explorada em relação aos diferentes temas de que a sua concepção explora. Entre esses trabalhos, encontram-se os artigos de MICHELMAN, In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice, **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 121, p. 962-1019, 1973, e de NELSON, Special Rights, General Rights, and Social Justice, **Philosophy and Public Affairs**, vol. 3, p.

assim, que o lugar dos direitos na teoria de Rawls tem sido uma temática razoavelmente negligenciada.

Nesse contexto, por certo, pode-se dizer que o direito, para Rawls, envolveria em algum grau a relação com as instituições que formam os arranjos sociais quando as pessoas que, nelas estão engajadas, assumem a sua parte, dando causa, assim, a um direito de ver satisfeita uma reivindicação, sendo assim o direito uma expectativa legítima. Todavia, levando-se em conta o modelo de justificação de direitos proposto por Rawls, dever-se-ia dizer que o direito surge em razão de um dever satisfeito, desde o mecanismo de justificação da posição original, de modo que, uma vez possível de ser justificado desde a posição original, tornando possível a imposição de um dever para todos, faz surgir para o indivíduo ou para o grupo deles um direito correspondente.

Em vista disso, partindo-se da análise bibliográfica, o objetivo desse artigo é discutir a definição de direito presente em *Uma Teoria da Justiça*, obra na qual Rawls formula sua visão monumental da justiça como equidade. A hipótese que alimenta esse trabalho é de que o direito é uma expectativa legítima oriunda das instituições, o que pressupõe que o sistema jurídico, como parte do Estado, acomode boa parte dos direitos fundamentais, assim como aja no sentido da sua salvaguarda e proteção. Com efeito, há direitos que, sendo dimanados da posição original, alcançarão proteção através das instituições da estrutura básica da sociedade, sendo necessário, assim, uma tipologia dos direitos. Assim, é possível vincular essa concepção de direito com o sistema jurídico qualificado pelo autor, a saber, como um sistema público de regras endereçado para pessoas racionais para a sua orientação.

Sendo esse o caso, o texto será dividido em três partes: na primeira dessas partes, intento é discutir o sistema de direitos no interior do qual se define a noção de direito e se estabelece uma tipologia dos direitos; na segunda parte, avança-se na caracterização do sistema jurídico que requer a teoria da justiça como equidade, perquirindo os elementos que estruturam o estado de direito, assim como a função da lei e da punição na democracia constitucional; finalmente, na última parte, aborda-se a relação do ordenamento jurídico com o sistema de direitos, apontando para que forma os direitos se incorporam às instituições sociais. A ideia básica é que os direitos devem ser entendidos como *expectativas legítimas* e que os direitos mais importantes, aqueles que se encontram presentes nos princípios de justiça, gozam de um *status* diferente no interior da estrutura básica da sociedade.

410-30, 1974. Esses trabalhos, no entanto, tratam dos direitos, mas não da sua definição e conceitualização, que é um dos propósitos deste trabalho.

2. O SISTEMA DE DIREITOS NA TEORIA DA JUSTIÇA

A teoria da justiça como equidade é uma liberal e, nesse sentido, desenvolve um sistema de direitos que põe a liberdade como pedra angular.⁴ E isso explica a razão de os principais direitos que são defendidos pela justiça como equidade aparecerem, com frequência, como *liberdades básicas* iguais, que aparecem albergadas pelo primeiro princípio de justiça. Assim, as mais importantes liberdades definidas pela teoria de Rawls são:

[...] a liberdade política (o direito de votar e ocupar cargos públicos) e a liberdade de expressão e de reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física (integridade da pessoa); o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e detenção arbitrárias, de acordo com o conceito de estado de direito.⁵

É verdade que essa é uma indicação mínima e que, em virtude disso, Rawls oferecerá, no *Liberalismo Político*, uma lista mais extensa dessas liberdades básicas. Contudo, o segundo princípio de justiça estabelece outros contextos em que os direitos podem ser divisados. Nesse cenário, há direitos que estão vinculados às oportunidades garantidas sob a tutela do princípio da igualdade equitativa de oportunidades, entre os quais se incluem os direitos voltados à igualdade de oportunidades educacionais e de ocupação em cargos. Por isso,

[...] a igualdade equitativa de oportunidades significa um certo conjunto de instituições que assegura oportunidades semelhantes de educação e cultura para pessoas semelhantemente motivadas e mantém as posições e os cargos públicos abertos a todos, levando em conta as qualidades e esforços razoavelmente relacionados com os respectivos deveres e tarefas.⁶

Também há outros direitos que estão albergados pelo princípio da diferença, nos termos tais que os indivíduos que se encontram numa sociedade razoavelmente justa tenham direito às parcelas justas das vantagens que os arranjos sociais e econômicos garantem e distribuem sob a sua chancela. Neste particular, deve-se ter em conta que a “[...] ideia intuitiva é que a ordem social não deve estabelecer e assegurar as perspectivas mais atraentes dos que estão em melhores condições a não ser que, fazendo isso, traga também vantagens para os menos afortunados”.⁷

⁴ Nota-se que há, basicamente, no âmbito da ordem doméstica [excetuando as inovações trazidas pelo autor na ordem internacional com *O Direito dos Povos*, dois modelos de sistemas de direito presentes na teoria do autor: o sistema de direitos de *Uma Teoria da Justiça*, e o sistema de direitos de *O Liberalismo Político*, que resulta dos refinamentos que Rawls promoveu em virtude das críticas que receberá. Importa dizer que, aqui, neste trabalho, a atenção se voltará à exposição da obra magna do autor.

⁵ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §11, p. 65.

⁶ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §43, p. 307.

⁷ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §13, p. 80.

2.1. EM TORNO DA DEFINIÇÃO RAWLSIANA DE DIREITO

Importa deixar claro que Rawls não especifica pormenorizadamente o que entende por *direito*, isto é, não há, em lugar algum dos escritos de Rawls uma descrição sistemática dos direitos para os quais ele oferece justificção, apesar de o autor fazer referência a ele em diferentes momentos, desde a formulação dos princípios de justiça, na posição original, até a sua aplicação numa sociedade bem ordenada. Está claro, com efeito, que, na teoria da justiça como equidade, especialmente em *TJ*, os direitos ocupam um lugar de destaque e que eles nutrem uma íntima relação com as instituições básicas da sociedade – e que, dentre elas, cabe ao sistema jurídico, nos termos do estado de direito, estabelecer a sua proteção.

É curioso notar, como indica Macleod, que Rawls não oferece em lugar algum uma descrição sistemática dos direitos para os quais ele oferece justificção a não ser aquela do fato de que estão presentes no princípio da liberdade igual, e isso porque talvez não haja uma atenção voltada à noção de direitos nos escritos do autor. E, por conta disso, é provável que não tenha invocado uma distinção que é bastante típica no meio filosófico entre os usos normativamente neutros e expressamente normativos do termo *direito*.⁸ Apesar disso, o autor sugere que Rawls parece usar o termo *direito* sempre no sentido expressamente normativo, pois ele assume que dizer que alguém tem um direito é se comprometer a considera-lo defensável ou justificável – e aqui, vale dizer, desde uma posição inicial de igualdade. Com efeito, trata-se sempre uma justificção moral. Se esse é o caso, pode-se entender que:

It's always *moral* justification of a certain kind that Rawls has in mind, so it's safe to assume that the rights to which he gives recognition are always regarded as *moral* rights. Specifically "legal" rights are simply a subclass of moral rights – those moral rights for which legal protection and enforcement would be appropriate. (By contrast, when the term "right" is used in a normatively neutral way – which seems *not* to be one of the uses to which Rawls resorts – "legal rights" might have to be distinguished sharply from "moral rights" because questions about their existence are merely empirical questions about the laws that happen to be in force in particular jurisdictions, questions that can be answered without so much as asking whether the laws are morally defensible).⁹

⁸ Outra ambiguidade, especialmente para o meio lusófono, refere-se aos sentidos de *direito*: serve para referir-se, entre outras coisas, ao sistema jurídico como um todo, às prerrogativas dos indivíduos diante do Estado e dessa ordem jurídica, bem como a valores de caráter moral.

⁹ MACLEOD, Alistair. Rights, Moral and Legal. In: MANDLE, Jon; REIDY, David A. (Ed.). **The Cambridge Rawls Lexicon**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 732. Tradução: "É sempre uma justificção moral de um certo tipo que Rawls tem em mente, então é seguro supor que os direitos aos quais ele dá reconhecimento são sempre considerados direitos morais. Direitos especificamente "legais" são simplesmente uma subclasse de direitos morais – aqueles direitos morais para os quais a proteção legal e a aplicação seriam apropriadas (em contraste, quando o termo "direito" é usado de uma forma normativamente neutra – o que

Como interpreta Macleod, os direitos aos quais normativamente Rawls se refere são direitos morais, dos quais os direitos legais são, por assim dizer, uma subclasse que adquire proteção legal da ordem jurídica que exige a justiça como equidade, nos termos de um estado de direito. Assim sendo, os direitos resultam de justificações que podem ser levantadas em termos de razões no contexto da posição original, de modo que ter um direito é ter, a partir das razões que são levantadas para a sua defesa, a possibilidade de se criar a obrigação para que alguém a respeite – isto é, ter a condição a um direito, impor um dever ou obrigação.¹⁰ No entanto, para Macleod as razões que podem ser aventadas são de dois tipos: i) as razões nos termos das regras institucionais, as quais conferem direitos a indivíduos identificáveis em determinadas circunstâncias, e que se apresentam como razões imediatas e mais diretas; e ii) as razões dadas pelos princípios de justiça, que fornecem a base normativa para as regras institucionais.¹¹ Sendo esse o caso, pode-se dizer que as razões são diretas, quando estão determinadas pelas instituições, e indiretas, quando se tem o contexto em que tais instituições devem ser justificadas desde a perspectiva dos princípios de justiça, uma vez que fornecem a base normativa para elas.

Pode-se falar, também, que o direito é o que pode ser justificado desde o expediente da posição original, isto é, o direito surge em razão de um dever satisfeito, desde o mecanismo de justificação da posição original. Sendo esse o caso, o direito é algo que, uma vez possível de ser justificado desde a posição original, impõe a todos um dever, fazendo surgir um direito correspondente. A questão é que, dessa perspectiva, dar-se-ia mote aos direitos morais, naturais e básicos (que serão vistos na próxima seção), não abrangendo a todos que surgem das expectativas legítimas, uma vez que se ingresse no interior de uma instituição social. Isso quer dizer que esses direitos justificáveis desde a posição original são direitos básicos, constitucionalizáveis e que são incorporados pela vida institucional, mas que não abrangem

parece não ser um dos usos a que Rawls recorre – “direitos legais” podem ter que ser distinguidos nitidamente de “direitos morais” porque as questões sobre sua existência são meramente questões empíricas sobre as leis que estão em vigor em jurisdições específicas, questões que podem ser respondidas sem sequer perguntar se as leis são moralmente defensáveis”.

¹⁰ MACLEOD, Alistair. Rights, Moral and Legal. In: MANDLE, Jon; REIDY, David A. (Ed.). **The Cambridge Rawls Lexicon**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 732. Importa ter em conta que o dever se refere aos princípios para os indivíduos, isto é, os princípios do dever natural, ao passo que as obrigações correspondem aos compromissos que as pessoas travam entre si. Sobre isso, veja-se o capítulo quarto de: ROHLING, Marcos. **Rawls e o Direito: o Sistema Jurídico e a Justificação Moral da Obediência à Lei** em “Uma Teoria da Justiça”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

¹¹ MACLEOD, Alistair. Rights, Moral and Legal. In: MANDLE, Jon; REIDY, David A. (Ed.). **The Cambridge Rawls Lexicon**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 732.

a toda a gama de direitos oriundos das expectativas legítimas no cenário das instituições, que, no entanto, devem ser justas e satisfazerem os princípios de justiça.

No mesmo sentido, pode-se ver a afirmação de Rohling, a partir da nota 223, de acordo com a qual os direitos são reivindicações a partir de deveres e que, em razão do construtivismo, os direitos são construções a partir da posição original, do equilíbrio reflexivo e dos juízos ponderados. Para esse autor, contudo,

[...] existem deveres que são socialmente assumidos para que possam garantir direitos individuais. Uma vez que seja assim, têm-se direitos porque socialmente uma sociedade assumiu deveres conjuntamente. Há, portanto, a preponderância da dimensão social na determinação dos direitos, por meio do compromisso com os deveres. Nesse sentido, tome-se a liberdade de consciência como exemplo: não existe direito natural à liberdade de consciência, mas o reconhecimento de um compromisso de tal forma que o que não pode ser assumido como um dever não vale como um direito. Além disso, quando se fala dos deveres naturais, fala-se em princípios para os indivíduos os quais são escolhidos na posição original como aquilo que as partes haverão de esperar de seus pares na sociedade.¹²

No final das contas, pode-se entender que estes tipos de razões vão colocar a questão de se princípios de justiça tem aplicação direta aos indivíduos.¹³ Cabe dizer que, do ponto de vista do *direito* que o indivíduo tem no domínio da sua vida mediada pelas instituições, a forma mais adequada de compreendê-lo é em termos de *expectativas legítimas*, isto é, como aquilo que o cidadão cooperativo pode esperar e ver satisfeito, por parte da sociedade, através das instituições existentes. Essa concepção parece indicar alguns desdobramentos para a teoria dos direitos de Rawls, alguns contraditórios, inclusive, no que se refere à relação com a ordem jurídica.¹⁴

Com efeito, seguindo as orientações de Martin, pode-se dizer que Rawls refere-se aos *direitos* em quatro níveis e contextos particulares, a saber, (i) como bens primários; (ii) na posição original; (iii) na institucionalização dos princípios de justiça na estrutura básica da

¹² ROHLING, Marcos. **Rawls e o Direito: o Sistema Jurídico e a Justificação Moral da Obediência à Lei em “Uma Teoria da Justiça”**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 77.

¹³ É o caso do problema que G. A. Cohen levanta para a teoria de Rawls e que o filósofo discorda, uma vez que argumenta no sentido da existência dos princípios para os indivíduos, que são os deveres naturais. Macleod fala desses problemas nas páginas 733 e 734. Sobre o problema da obediência e dos princípios para os indivíduos, ver: ROHLING, Marcos. **Rawls e o Direito: o Sistema Jurídico e a Justificação Moral da Obediência à Lei em “Uma Teoria da Justiça”**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, particularmente o capítulo quarto; e KAUFMAN, Alexander. *Political Authority, Civil Disobedience, Revolution*. In: MANDLE, J. & REIDY, D. A. (Orgs.) **A Companion to Rawls**. Chichester: Wiley Blackwell, 2014, p. 216-231.

¹⁴ Muitos desses pontos são indicados por Martin, no estimulante livro *Rawls and Rights*, de 1985, o qual é recomendado para leitura sobre o tema e que, no geral, orienta as discussões dessa seção. Convém esclarecer que, em vista dos limites deste trabalho, não se avançará na direção dessas controvérsias, uma vez que o próprio Hart formulou uma crítica deixando claras estas dificuldades. Sobre isso, ver: HART, H. L. A. *Rawls on Liberty and its Priority*. In: DANIELS, D. **Reading Rawls**. Nova York: Basic Books, 1975.

sociedade; e (iv) no funcionamento real das instituições e arranjos sociais de uma sociedade.¹⁵ Há duas razões especiais pelas quais, ainda que Rawls chame os bens primários de direitos, em alguns momentos, eles não sejam concebidos como tal: (a) que os direitos, contrariamente aos bens primários, são entidades abertamente normativas, de forma que a sua inclusão no rol dos direitos violaria os critérios da posição original, enfraquecendo a crítica ao utilitarismo; e (b) que, concebê-los como direitos seria trata-los como pré-teóricos e não-institucionais, isto é, anteriores à estrutura básica da sociedade e, dessa feita, independentes de todas as demais instituições sociais.¹⁶ Sendo assim, brevemente, indicar-se-á como os direitos aparecem nos três outros níveis, de modo a se poder responder adequadamente à questão do que é ter um direito no contexto da teoria da justiça como equidade.

Desde a perspectiva da posição original, Martin argumenta que o primeiro princípio afirma um direito moral básico – considerando que a sua formulação já adquire as feições de um direito (igual direito), enquanto que o segundo não. O que é preciso é que esses princípios sejam corporificados na estrutura básica da sociedade – a posição original, os princípios de justiça, e os direitos que encerram estão demasiadamente formais –, pois a justiça é a primeira virtude das suas instituições e é destinada ao desenho normativo dessa estrutura, que inclui, entre outras coisas, a constituição política e as instituições econômicas – encetando, assim, de fato, a noção de direito. Por isso, os princípios de justiça são corporificados nas principais instituições da estrutura básica da sociedade. Destaca-se que, entre elas, especialmente através da constituição política, estes princípios podem ser institucionalizados numa determinada sociedade – aqui, apesar de determinar já direitos, o papel dos princípios é ainda o de governar as principais instituições. No último nível, no entanto, com efeito, os direitos políticos e pessoais, constitucionalmente protegidos, conforme estabelecidos na estrutura básica de uma sociedade, seriam *expectativas legítimas* dos indivíduos nessa sociedade.¹⁷

Disso tudo, Martin sugere que os direitos podem ser concebidos como a *expectativa legítima* de um indivíduo quanto ao que ele receberia em uma distribuição institucional justa de bens primários sociais – que é o Macleod refere como as razões institucionais e imediatas. Nesse quadro, a justificativa de um direito envolveria o estabelecimento da legitimidade da expectativa dentro do quadro de justificação desde a posição original até o mundo prático,

¹⁵ MARTIN, Rex. **Rawls and Rights**. Kansas: University Press of Kansas, 1985, p. 21.

¹⁶ MARTIN, Rex. **Rawls and Rights**. Kansas: University Press of Kansas, 1985, p. 22.

¹⁷ MARTIN, Rex. **Rawls and Rights**. Kansas: University Press of Kansas, 1985, p. 24-5. Martin também explica que outras expectativas legítimas cresceriam dentro e em volta das várias instituições da estrutura básica. Ele exemplifica, entre outras coisas, a lista altamente detalhada de direitos que cresceram em torno das instituições de julgamento por júri, da propriedade privada de propriedade e de igualdade de oportunidades.

no interior de uma instituição. Veja-se, também, que, assim, as liberdades fundamentais (bens sociais primários) podem ser chamadas de direitos apenas no interior dos arranjos institucionais impostos pela justiça – na posição original, elas são demasiadamente formais.¹⁸

Ora, de tudo isso, pode-se, então, caracterizar o direito, para Rawls, como a expectativa legítima de um indivíduo que, diante do comprometimento que exigem os arranjos sociais, de uma sociedade concebida como um sistema de cooperação social, com ônus e bônus para todos, faz a sua parte. A concepção rawlsiana de direito equivale, de um lado, à ideia de algo individualizável e, de outro, a algo cuja distribuição pode ser assegurada. Assim, os direitos não são meras reivindicações morais, desacoplados de um contexto; ao contrário, os direitos estão relacionados a um arranjo institucional no qual a reivindicação e os meios para satisfazê-lo estão intimamente ligados. Dessa perspectiva, o direito é o que alguém há de receber justamente, isto é, aquilo que é legítimo que receba no interior das instituições da estrutura básica. Isso quer dizer que, havendo a satisfação de um dever como compromisso diante de arranjo institucional, estabelece-se, então, um direito correspondente em relação a ele em termos de *expectativa legítima*.

2.2. A TIPOLOGIA DOS DIREITOS

Da exposição e da linguagem de Martin, segue-se que se podem distinguir entre alguns tipos de direitos em *TJ*, de modo a se formar uma tipologia dos direitos.¹⁹ Entendendo-se que o direito leva em conta a dimensão da justificativa e que todos são, de algum modo, variações de direito moral, uma vez que os direitos legais lhe são uma subclasse, a distinção que Martin propõe pode lançar luz sobre o modo como se pode caracterizar o sistema de direitos para Rawls. Com isso em mente, tem-se os seguintes tipos de direitos na teoria da justiça: (i) o direito moral básico; (ii) o direito moral universal; (iii) o direito institucional constitucional; (iv) o direito institucional subsidiário; e (v) o direito natural ou humano. Sobre eles, deve-se dizer o seguinte:

- i) *direito moral básico*: em regra, o primeiro princípio de Rawls afirma um direito moral básico, a saber, que cada pessoa deve dispor do mais amplo sistema de liberdades básicas iguais, compatível com um sistema similar de liberdade para todas as outras pessoas, de modo que ter tais liberdades em uma

¹⁸ MARTIN, Rex. **Rawls and Rights**. Kansas: University Press of Kansas, 1985, p. 26.

¹⁹ MARTIN, Rex. **Rawls and Rights**. Kansas: University Press of Kansas, 1985, p. 31-41.

sociedade bem ordenada é a expectativa legítima de cada pessoa, implicando, assim, a sua institucionalização na sociedade e ação do governo.

- ii) *direito moral universal*: são aqueles direitos que não implicam um papel do governo. Esses direitos são mantidos estritamente entre pessoas. O direito moral de ouvir a verdade (ou, pelo menos, de não ser enganado) ou o direito moral à gratidão pelos benefícios oferecidos ou, talvez, o direito moral de ter promessas mantidas são exemplos.
- iii) *direito institucional constitucional*: de forma simples, quanto visto pelo viés legal, um direito humano ou natural teria a forma de um direito constitucional. Se existem direitos naturais, segue-se que existem direitos institucionalmente constitucionais. Além disso, considerando que o direito moral básico pode ser visto como um direito natural, segue-se que a sua institucionalização na estrutura básica da sociedade dar-se-á de modo a fazer surgir os direitos institucionais constitucionais.
- iv) *direito institucional subsidiário*: resultam da interação dos indivíduos uns com os outros, através das associações ou delas entre elas ou com os indivíduos. As regras e práticas que são características desses tipos de transações também podem ser formuladas, afastando-se daquelas das instituições da estrutura básica, encontrando-se uma grande variedade de instituições e práticas subsidiárias, de associações privadas e empreendimentos cooperativos. Nesse quadro, as expectativas seriam ligadas ao funcionamento desses elementos subsidiários e, na medida em que as instituições e práticas em questão fossem compatíveis com a justiça ou derivassem vagamente dela, as expectativas seriam legítimas, conforme garantidas ou enquadradas pela justiça, de forma se falar de direitos institucionais subsidiários. Em geral, Rawls engloba esses direitos sob o título de equidade ou *fair play*. Todos eles são direitos institucionais que são justificados principalmente por sua relação com elementos na estrutura básica, e não diretamente pelos dois princípios de justiça em si. E,
- v) *direito natural ou humano*: da perspectiva da justiça como equidade, são aqueles direitos que são universais e incondicionais (no sentido de que uma reivindicação moral válida é válida para todos, ou pelo menos para todos os que estão vivos em um determinado momento – pois o fundamento da reivindicação é meramente em virtude de serem pessoas, de acordo com

princípios morais). Dessa perspectiva, as liberdades básicas, conforme determinadas na posição original, são direitos naturais: elas são explicitamente acomodadas na estrutura básica de qualquer sociedade bem ordenada; e são também, sob a exigência de um senso público de justiça institucional, não apenas formuladas e reconhecidas, mas também escrupulosamente mantidas pelo governo particular envolvido. Além disso, eles contêm uma dualidade: de um lado, são afirmações moralmente validadas para algum benefício; de outro lado, tais direitos exigem o reconhecimento na lei e a promoção pelo governo.

A distinção entre os diferentes tipos de direitos admitidos por Rawls em *TJ*, que implicam, como se disse, algum grau de justificação e que expressam variações do direito moral, permite discutir, agora, a forma através da qual o sistema de direitos é constituído e como se relaciona com a ordem jurídica. No que diz respeito à relação entre os diferentes tipos de direitos, deve-se ter claro que o direito moral básico presente como liberdade no primeiro princípio de justiça deve ser corporificado na estrutura básica da sociedade. Ao sê-lo, através das principais instituições, entre as quais se encontra a constituição, torna-se, assim, direito constitucional. Seja como for, a existência da ordem jurídica se justifica em virtude da proteção à liberdade igual, que se expressa no conjunto dos diferentes tipos de direitos.

3. O SISTEMA JURÍDICO E O ESTADO DEMOCRÁTICO-CONSTITUCIONAL

Rawls não é um filósofo que, em sua teoria política, confere um papel significativo ao Estado.²⁰ Contrariamente, evidenciando os vínculos com a tradição da democracia liberal ocidental, o autor põe em relevo dois pontos: em primeiro lugar, a figura dos indivíduos nas suas relações com as instituições, que devem atribuir, reconhecer e respeitar os seus direitos (e exigir os deveres correspondentes); e, em segundo lugar, o papel das próprias instituições na realização da justiça, as quais são as mesmas que formam um Estado. Em adição, observa-

²⁰ As ideias sobre Rawls e o Estado aqui trabalhadas seguem: ROHLING, Marcos. A Teoria da Justiça de Rawls e as Políticas Sociais em Educação. *Revista Sul-Americana de Filosofia e Educação*, v. 28, p. 27-49, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/resafe/article/view/4900/4458>. Acessado em 17 de out. 2020; ROHLING, Marcos. **Rawls e o Direito**: o Sistema Jurídico e a Justificação Moral da Obediência à Lei em “Uma Teoria da Justiça”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020; e SARANGI, Prakash. Notion of “State” in John Rawls' Theory of Justice. *The Indian Journal of Polical Science*. Vol. 52, Nº 2, April-June, p. 195-207, 1991. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41855551>. Acessado em 17 de out. 2020.

se que, em *TJ*, o Estado aparece como uma “*associação constituída de pessoas livres e iguais*” e que, ao exercer o seu poder de tal forma a respeitar o espaço individual e particular da busca de suas próprias crenças, valores e interesses, “[...] *atua como agente dos cidadãos e satisfaz as exigências da concepção pública de justiça desses mesmos cidadãos*”.²¹ Nesse sentido, poder-se-ia dizer que a valorização das instituições, em vez de o Estado, explicar-se-ia em virtude da ação que elas têm como associação de pessoas e não como figuras que representam o Estado.

Sarangí argumenta no sentido de que os escritos de Rawls expressam uma concepção de Estado democrático e liberal, que é relativamente igualitarista. Assim sendo, a sua concepção é que o Estado é uma sociedade voluntária constituída para a mútua proteção, que age na regulação das condições gerais para que os indivíduos, como agentes racionais e com direitos, possam perseguir seus interesses individuais.²² Dessa feita,

[...] o Estado é uma associação de pessoas, voluntariamente constituídas, com o monopólio do direito legal, no interior do qual todas as demais associações realizam as suas atividades e que, nesse sentido, deve assegurar interesses fundamentais para todas essas demais associações, tendo em vista a sua abrangência em relação a todas as associações privadas.²³

Entendendo-se dessa forma, o Estado é uma associação que, através do sistema jurídico, organiza-se de tal modo a manter “[...] a zelar pela equidade através da manutenção das condições indispensáveis para que os indivíduos possam perseguir seus interesses e cumprir com suas obrigações, tal como as entenda por si mesmo”²⁴, o que leva a admissão de que, desse ponto de vista, o Estado albergue boa parte dos direitos fundamentais individuais. Sobre isso, inclusive, amparando-se em Sarangí, Rohling afirma que

[...] Rawls não restringe apenas à concepção negativa de liberdade, no que se refere às funções do Estado: ele pensa que cada indivíduo necessita de uma esfera garantida de liberdade. É por conta disso que somente um Estado concebido como uma associação civil, vista como um sistema público de regras, com condutas restringidas, pode assegurar tais condições. É através do direito que o Estado pode agir para maximizar as condições para a liberdade individual.²⁵

²¹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §34, p. 261.

²² SARANGI, Prakash. Notion of “State” in John Rawls' Theory of Justice. **The Indian Journal of Political Science**. Vol. 52, Nº 2, April-June, 1991, p. 195-6. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41855551>. Acessado em 17 de out. 2020.

²³ ROHLING, Marcos. A Teoria da Justiça de Rawls e as Políticas Sociais em Educação. **Revista Sul-Americana de Filosofia e Educação**, v. 28, 2017, p. 36. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/resafe/article/view/4900/4458>. Acessado em 17 de out. 2020.

²⁴ ROHLING, Marcos. **Rawls e o Direito: o Sistema Jurídico e a Justificação Moral da Obediência à Lei** em “Uma Teoria da Justiça”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 89.

²⁵ ROHLING, Marcos. A Teoria da Justiça de Rawls e as Políticas Sociais em Educação. **Revista Sul-Americana de Filosofia e Educação**, v. 28, 2017, p. 36. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/resafe/article/view/4900/4458>. Acessado em 17 de out. 2020.

O próprio Sarangi afirma que, nesse cenário, Rawls não parece aceitar uma rígida separação entre o Estado e o indivíduo, uma vez que considera que os seres humanos sejam essencialmente criaturas comunais e sociais. Em razão dessa convicção, os direitos e as liberdades individuais não podem ser claramente separados do Estado, sendo este, portanto, a grande instituição a acomodar os direitos na teoria da justiça como equidade.²⁶ Se essa interpretação for válida, pode-se dizer que há, em *TJ*, elementos que permitem apontar os qualificadores que precisam o perfil do Estado que subjaz à teoria de Rawls – ideias já aparecem no artigo *Distributive Justice*, de 1967. Assim sendo, econômica, política e administrativamente, revelando o papel essencial na atribuição instituição de direitos, o Estado se configura do seguinte modo: (i) a estrutura social está controlada por uma constituição justa que assegura as diversas liberdades que definem a condição de igual cidadania; (ii) a ordem jurídica é administrada mediante o princípio da legalidade; (iii) existem as liberdades de pensamento e de consciência; (iv) deve haver um processo político justo para eleger governos bem como os responsáveis pela criação de leis justas; (v) o governo deve assegurar a todos igualdade de oportunidades no que diz respeito à educação; (vi) o Estado deve assegurar e impor igualdade de oportunidades em empresas comerciais e na livre escolha de ocupação (para este objetivo, deve vigiar o mundo dos negócios e evitar que se estabeleçam barreiras e restrições nos mercados e nas posições desejáveis); e (vii) deve garantir um mínimo social o qual deve ser realizado mediante subsídios familiares e pagamentos especiais em épocas de desemprego, ou, ainda, mediante um imposto negativo sobre a renda.²⁷

Não obstante tais atributos, no §43 de *TJ*, Rawls individualiza outras funções sociais como sendo as de um Estado que se pretenda justo – e, nesse sentido, definindo, também, direitos e deveres. Seguindo a interpretação de Felipe, que se baseia neste parágrafo, o Estado tem: (i) a função de *aferação* de preços a qual assegura a oferta competitiva dos mesmos de tal modo a favorecer a todos; (ii) a função de *estabilização* por meio da qual registra a oferta de empregos e de mão-de-obra disponíveis, intercambiando os interesses que são nessas áreas expressos, de empregar e de ser empregado, e o que dela resulta, o pleno emprego para a produção e a oferta de todos os bens essenciais; (iii) a função de *transferência* que estabelece o mínimo de bens a serem socialmente garantidos a todos, sob pena de se cristalizarem

²⁶ SARANGI, Prakash. Notion of “State” in John Rawls' Theory of Justice. **The Indian Journal of Political Science**. Vol. 52, Nº 2, April-June, 1991, p. 195-6. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41855551>. Acessado em 17 de out. 2020.

²⁷ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §43, p. 342-3.

desigualdade sociais gritantes entre as pessoas (tendo em vista que as duas funções anteriores não dão conta dessa necessidade, vale dizer, a de suprir as necessidades que colocam em risco a vida e a integridade da pessoa menos favorecida, em termos naturais, acidentais, social familiares; (iv) a função *distributiva* pela qual há a previsão da fixação de tributos sobre heranças e doações, e a cobrança de impostos proporcionais sobre as despesas (como a autora faz ver, para Rawls o imposto sobre consumo é mais adequado do que sobre os salários). A função de distribuição, por meio de suas duas cobranças, é necessária para o Estado justo, porquanto existir a necessidade contínua do custeio de programas destinados a recompensar aqueles que por razões alheias à sua vontade ficam de fora do sistema produtivo e da possibilidade de alcançar os bens primários necessários à preservação da qualidade de vida; e, finalmente, (v) a função de *intervâmbio*, a qual garante o atrelamento de todas as novas propostas de gastos públicos, não apenas à indicação de fonte da qual sairão os recursos, como, ainda, da aprovação por ampla maioria ou por unanimidade, das novas despesas dos governos.²⁸

Dessa forma, o Estado proposto por Rawls, é um Estado *liberal*, uma vez afirma a prioridade da liberdade e dos direitos fundamentais a ela vinculados, *social* posto que tem por compromisso a equidade das liberdades individuais e democrático-constitucional porque se radica na participação do indivíduo e no reconhecimento da cidadania, bem como na cultura constitucional ocidental. Assim, a concepção de Estado presente na teoria da justiça como equidade, é uma versão democrático-constitucional e liberal-igualitarista, que alberga grande parte dos direitos e que age prioritariamente na distribuição de bens primários e na proteção daqueles direitos e liberdades fundamentais.

Nesse particular, o Estado se expressa através de sistema jurídico no sentido de especificar direitos e deveres, bem como protegê-los. Rawls concebe que o sistema jurídico é uma instituição pertencente a estrutura básica da sociedade que se caracteriza como uma ordem coercitiva de normas públicas direcionadas para pessoas racionais, com a finalidade de reger a sua conduta e de prover a estrutura da cooperação social.²⁹ Assim compreendido, o sistema jurídico é “[...] é derivado da função que tem o Estado de zelar pela equidade através da manutenção das condições indispensáveis para que os indivíduos possam perseguir seus interesses e cumprir com suas obrigações”.³⁰ Dessa forma, impõe saber para Rawls o

²⁸ FELIPE, Sônia T. Rawls: uma Teoria Ético-Política da Justiça. In: OLIVEIRA, Manfredo A. (Org.) **Correntes Principais da Ética Contemporânea**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000, p. 154-5.

²⁹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §38, p. 291.

³⁰ ROHLING, Marcos. **Rawls e o Direito: o Sistema Jurídico e a Justificação Moral da Obediência à Lei em “Uma Teoria da Justiça”**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 89.

que é uma instituição social, qual a sua importância e o que significa guiar-se por um sistema público de regras.³¹

Sobre a questão da importância das instituições, Voice sugere que há duas razões especiais, vale dizer: (i) porque elas têm a função normativa de atribuição de direitos e deveres; e (ii) porque essas instituições são mantidas por meio da ameaça de coerção.³² Voice quer dizer que as instituições da estrutura básica da sociedade, de um lado, têm um papel elementar na atribuição dos ônus e bônus da existência social no interior da estrutura básica da sociedade. Qualquer instituição que se pense, estabelecerá regras para existência e coexistência, de modo que toda e qualquer instituição atribua direitos e deveres. No entanto, há outro elemento: a força coercitiva do Estado. Assim, a atribuição de direitos e deveres, por parte das instituições, ganha chancela com a possibilidade do emprego da violência legítima.

Apesar disso, é preciso compreender o que Rawls entende por instituição, o que se coloca no contexto da relação entre as instituições e a estrutura básica da sociedade. Para Rawls, a instituição é definida da seguinte forma:

Por instituição, entendo um sistema público de normas que define cargos e funções com seus direitos e deveres, poderes e imunidades etc. Essas normas especificam que certas formas de ação são permissíveis e outras, proibidas; e estipulam certas penalidades e defesas, e assim por diante, quando ocorrem transgressões. Como exemplos de instituições ou, de forma mais geral, de práticas sociais, podemos citar jogos e ritos, julgamentos e parlamentos, mercados e sistemas de propriedade.³³

Nota-se que o entendimento de Rawls é relativamente amplo, nele cabendo diferentes tipos distintos de instituições, desde a propriedade privada até o parlamento, mas também as variadas práticas sociais como um todo. Além disso, como Rawls deixa claro, “a instituição existe em determinado momento e local quando os atos especificados por ela são regularmente realizados segundo o entendimento público de que se deve obedecer ao sistema de normas que a define”.³⁴

Assim sendo, observa-se que as regras enviadas pelas instituições estabelecem ações como permitidas, criando-se mecanismos para garantir a sua efetividade, bem como

³¹ Para uma visão mais ampla e completa do sistema jurídico como instituição na teoria da justiça como equidade, ver: ROHLING, Marcos. **Rawls e o Direito: o Sistema Jurídico e a Justificação Moral da Obediência à Lei** em “Uma Teoria da Justiça”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, particularmente, as páginas 90-99.

³² VOICE, Paul. **Rawls Explained**. Chicago: Open Court, 2011, p. 33-4.

³³ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §10, p. 66.

³⁴ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §10, p. 66.

especificam proibições, de forma a decorrer delas certas sanções. Todavia, é relevante observar que,

Numa sociedade bem ordenada, o papel dos princípios de justiça, assumindo o papel que cabe à justiça, é o de especificar e avaliar o sistema de regras que constituem as instituições básicas da sociedade, tendo em conta que todas essas instituições são necessárias para a cooperação social. As regras, então, devem satisfazer à concepção de justiça.³⁵

Sendo esse o caso, ao afirmar que a instituição é um sistema público de regras – tendo-se em conta que a estrutura básica da sociedade é formada pelas principais instituições sociais –, Rawls estabelece que todas as pessoas que estão, de alguma forma, nelas envolvidas, “[...] sabem o que saberiam se tais normas e sua participação nas atividades que essas definem fossem resultantes de um acordo”.³⁶ De certo, desse ponto de vista, se uma pessoa engaja-se numa determinada instituição, ela deve saber o que as regras exigem dela e dos outros, bem como deve saber que os outros sabem disso, e que eles sabem que disso ela também sabe. Trata-se da publicidade das regras institucionais como forma de se assegurar que haja uma compreensão a respeito do que especificam e do que proíbem, comprometendo as expectativas legítimas que essas regras criam.

Sabendo-se o que é uma instituição, pode-se entender de que forma o sistema jurídico é uma instituição que pertence à estrutura básica da sociedade. Para Rawls, o sistema jurídico

[...] é uma ordem coercitiva de normas públicas voltada para pessoas racionais, com o propósito de reger sua conduta e prover a estrutura da cooperação social. Quando são justas, essas normas estabelecem uma base para expectativas legítimas. Elas constituem os fundamentos sobre os quais as pessoas podem se apoiar umas nas outras e com base nos quais elas podem legitimamente objetar quando suas expectativas são frustradas. Se as bases dessas reivindicações forem incertas, incertos também serão os limites das liberdades dos indivíduos.³⁷

De posse disso, pode-se dizer que o ordenamento jurídico é, pois, um sistema público de normas e regras dirigido a pessoas racionais para sua orientação, no quadro de uma democracia constitucional liberal, isto é, de uma sociedade bem ordenada e, portanto, regulada por uma concepção pública de justiça. Em razão disso, incorpora-se a ele a ideia de que é composto por uma constituição, a qual é encarregada do estabelecimento das liberdades básicas iguais, isto é, assegurando, pois, a liberdade da pessoa, a liberdade de pensamento e de consciência, e a igualdade política, traduzida em termos de sufrágio

³⁵ ROHLING, Marcos. Rawls e o Direito: a Ordem Jurídica na Teoria da Justiça como Equidade. **Revista de Derecho**, Valparaíso, Chile, v. 1, 2015, p. 600. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n44/a18.pdf>. Acessado em 17 de out. 2020.

³⁶ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §10, p. 67.

³⁷ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §38, p. 291.

universal e de direito de participar do processo político. Também, o sistema jurídico é organizado de tal modo que mantenha a ordem pública, uma vez que detém o monopólio da violência legítima. Ora, se esse é o caso, “a ordem jurídica tem o poder de normatizar as demais instituições sociais haja vista a extensão de atividades que regula, as quais são conjugadas aos interesses por ela assegurados”.³⁸ Na verdade, essa função é oriunda da atribuição que tem o Estado de zelar pela equidade das relações através da manutenção das condições indispensáveis para que os indivíduos possam perseguir seus interesses e cumprir com suas obrigações, tais como as entendam por si mesmos.³⁹

Como sistema público de regras, cujas normas são mais abrangentes e amplas que as das demais instituições, o ordenamento jurídico estabelece a base para as *expectativas legítimas*, as quais permitem mais adequadamente a fruição da liberdade.⁴⁰ Ora, o sistema jurídico, então, determina as bases das *expectativas legítimas*, em termos de direitos, quanto ao exercício das liberdades básicas. Dessa feita, o direito e a lei definem a estrutura básica da sociedade no âmbito da qual se dá o exercício de todas as demais atividades.⁴¹

3.1. O Estado de Direito (*rule of law*)

A existência do estado de direito, que está no centro do sistema jurídico, está amparada na proteção da liberdade e dos direitos que o Estado alberga. No início do §38, de *TJ*, Rawls recupera a relação que estabeleceu, no §10, entre o estado de direito e a justiça formal, isto é, da questão da administração imparcial e regular das leis de ordem pública. De forma

³⁸ ROHLING, Marcos. Rawls e o Direito: a Ordem Jurídica na Teoria da Justiça como Equidade. **Revista de Derecho**, Valparaíso, Chile, v. 1, 2015, p. 603. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n44/a18.pdf>. Acessado em 17 de out. 2020.

³⁹ NAVARRO, Emilio Martínez. **Solidariedad Liberal**. La Proposta de John Rawls. Granada: Editorial Comares, 1999, p. 23.

⁴⁰ Defende-se a ideia de que a ordem jurídica emanada da teoria da justiça como equidade, muito embora seja descrita por Rawls como aquela que seria seguida por qualquer sistema de normas que incorporasse com perfeição a ideia de um sistema legal, inclusive positivista, estabelece conexões com padrões mais elevados de moralidade, notadamente, os princípios de justiça, o que, então, conduz à defesa de uma perspectiva que restabelece, neste viés, as relações entre direito e moral.

⁴¹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §38, p. 292. Uma observação pode ser feita: Rawls afirma que a lei define a estrutura básica da sociedade no interior da qual todas as demais atividades se realizam. Se esse é o caso, observa Macleod que as únicas instituições que poderiam creditar a existência de direitos individuais seriam as jurídicas, de modo que todos os direitos seriam direitos legais, entendidos como regras que são protegidas e aplicadas pela máquina coercitiva do sistema jurídico de uma sociedade (MACLEOD, Alistair. Rights, Moral and Legal. In: MANDLE, Jon; REIDY, David A. (Ed.). **The Cambridge Rawls Lexicon**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 733-4). Do modo como se defende aqui, os direitos são parte das *expectativas legítimas*, isto é, pertencem ao gênero, que todas as instituições da estrutura básica da sociedade podem gerar quando nelas os indivíduos se engajam. A diferença das expectativas legítimas jurídicas para as demais está no fato da estrutura coercitiva de que goza o sistema jurídico. Além disso, os direitos têm uma dimensão de justificação que tem como horizonte a própria posição original.

simples, Rawls entende que a aplicação da lei deve dar-se consoante aos princípios da justiça, respeitando suas especificações, de modo a ser a norma, definida pelas instituições, regularmente observada e devidamente interpretada pelas autoridades. Para Rawls,

A essa administração imparcial e consistente das leis e instituições, independentemente de quais sejam seus princípios fundamentais, podemos chamar de justiça formal. Se pensamos que a justiça sempre expressa algum tipo de igualdade, então a justiça formal exige que em sua administração as leis e as instituições se devam aplicar igualmente (ou seja, do mesmo jeito) àqueles que pertençam às categorias definidas por elas. Como enfatizou Sidgwick, esse tipo de igualdade está implícito na própria noção de lei ou instituição, uma vez que ela seja considerada como um sistema de regras gerais. A justiça formal é a adesão ao princípio, ou, como disseram alguns, a obediência ao sistema.⁴²

Precisamente, a justiça formal, ou como o sugere o próprio Rawls, a justiça como regularidade⁴³, quando aplicada ao sistema jurídico, faz surgir o estado de direito (*rule of law*). Este estado de direito, por sua vez, é compreendido no contexto da prioridade da liberdade e da proteção dos direitos individuais, considerando-se que o sistema jurídico estabelece os próprios limites das liberdades fundamentais.⁴⁴

Como Rawls o caracteriza, o estado de direito envolve os seguintes preceitos – os quais são válidos como regras e princípios para o sistema jurídico, de forma a se garantir a sua legalidade. O primeiro preceito do estado de direito, que é o de que *dever implica poder*, permite que Rawls identifique várias características do sistema jurídico: (a) de acordo com a primeira delas, as ações exigidas ou proibidas pelo estado de direito devem ser do tipo que seja razoável que as pessoas possam fazer ou evitar, de forma que um sistema de regras dirigido para as pessoas racionais para organizar sua conduta se preocupa com o que elas podem, ou não, fazer; (b) já a segunda característica, evidenciada na ideia de que o *dever implica poder*, transmite a noção de que aqueles que estabelecem as leis e dão ordens fazem-no de boa-fé – neste sentido, as autoridades devem acreditar, seguramente, que as leis podem ser obedecidas; a este respeito, Rawls diz, inclusive, que a própria boa-fé destas autoridades deve ser reconhecida por aqueles que são sujeitados aos seus ditames, visto que leis e ordens são aceitas se realmente se acredita que se pode obedecê-las e executá-las; e, (c) por último, este preceito expressa, para Rawls, a exigência de que um sistema jurídico reconheça a impossibilidade de cumprimento e obediência, a determinadas regras e lei, como defesa. A ideia de Rawls é que, ainda que não seja possível, pelo menos, deve-se considerar que possa

⁴² RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §10, p. 70.

⁴³ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §38, p. 291.

⁴⁴ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §38, p. 290-1.

ser, pelo menos, um atenuante. O sentido disso é que, ao impor regras, um sistema jurídico deve ter em conta a capacidade, ou não, para sua execução como algo relevante. Na opinião de Rawls, seria um fardo insuportável para a liberdade se a possibilidade de sofrer sanções se limitasse a atos acerca dos quais a execução ou não-execução não estivesse em poder dos indivíduos.⁴⁵

O segundo preceito do estado de direito é o da isonomia, ou seja, é a ideia de que *casos semelhantes devem receber tratamento semelhante* é relevante no sentido de que, sem este preceito, as pessoas não poderiam regular suas ações por meio de regras. Este preceito limita significativamente o poder discricionário dos juízes e de outros que ocupam cargos de autoridade. Também, força todas as autoridades constituídas, que desenvolvam julgamentos, a fundamentar as distinções que fazem entre pessoas por meio de uma referência aos princípios e regras legais corroborantes. Sob este aspecto, este preceito, do sistema jurídico coloca em relevo a coerência.⁴⁶

O terceiro preceito é o da legalidade, expresso na ideia de que *não há ofensa sem lei*, também, é proveniente da ideia de sistema legal. De acordo com Rawls, esse preceito exige, (a) em primeiro lugar, que as leis sejam conhecidas e expressamente promulgadas; (b) em segundo lugar, que seu significado seja claramente definido; (c) em terceiro lugar, que os estatutos sejam genéricos tanto na forma quanto na intenção e que não sejam usados como um meio de prejudicar determinados indivíduos que podem ser expressamente nomeados (decretos confiscatórios); (d) em quarto lugar, que as infrações mais graves sejam interpretadas estritamente; e, (e) por último, em quinto lugar, que as leis penais não sejam retroativas em detrimento daqueles aos quais se aplicam. Estas exigências do preceito da legalidade estão, todas elas, implícitas na noção de regulamentação do comportamento por normas públicas, pois, de outra forma, não haveria como determinar, com clareza, o que a lei permite ou proíbe.⁴⁷

Por fim, os princípios da justiça natural devem, dentro do sistema de direito, preservar a integridade do processo, assegurando que a ordem jurídica seja imparcial e regularmente mantida. Como desdobramento, tem-se que: (a) os tribunais devem se preocupar com a aplicação e o cumprimento da lei de maneira adequada; (b) deve haver um esforço escrupuloso para decidir se houve infração e impor a penalidade correta; (c) deve ter normas com o sentido de assegurar a realização de audiências e julgamentos disciplinados; (d) deve

⁴⁵ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §38, p. 293.

⁴⁶ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §38, p. 293-4.

⁴⁷ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §38, p. 294-5.

conter normas quanto à apresentação de provas que garantam procedimentos racionais de inquérito; (e) deve haver o devido processo legal, independente da sua forma; (f) os juízes devem ser independentes e imparciais e ninguém pode julgar em causa própria; e (g) os julgamentos sejam justos e abertos, mas não influenciados pelo clamor popular. De fato, percebe-se que princípios processuais presentes na cultura jurídica anglo-saxônica.⁴⁸

Rawls espera que, dessa forma, os preceitos do estado de direito ilustrem a importância de se proteger as liberdades básicas iguais, isto é, de se determinar a prioridade da liberdade em relação a qualquer outra coisa. Dessa feita, a caracterização do estado de direito levada a efeito por Rawls é instrumental, pois que se volta tão-somente à defesa da liberdade em relação aos avanços autoritários.

3.2. A Função da Lei na Democracia Constitucional

Como explicam Kukathas e Pettit, Rawls formula uma sequência de quatro estágios para mostrar, ao dar corpo aos princípios da justiça, como certas instituições ou práticas fundamentais deles decorrem.⁴⁹ Esse entendimento fará com que ele divise certas instituições essenciais, dentre as quais algumas das principais instituições jurídicas, para a aplicação dos princípios da justiça, atribuindo direitos e deveres.⁵⁰ Assim compreendida, a *sequência* é um meio de saber-se em que grau a Constituição e as leis existentes são compatíveis, ou não, com os princípios de justiça, inicialmente acordados, tendo em conta sua aplicação, assim como permite oferecer uma base para justificação, argumentação e crítica, numa sociedade democrática, que é a sociedade bem ordenada.⁵¹ Sinteticamente, conforme se lê em *TJ*, as

⁴⁸ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §38, p. 295-6.

⁴⁹ KUKATHAS, Chandras; PETTIT, Phillip. **Rawls: “Uma Teoria da Justiça” e seus Críticos**. Lisboa: Gradiva, 1995, p. 65.

⁵⁰ Ainda, é válido arguir que a sequência de quatro estágios incorpora e é consoante a estrutura jurídica de uma democracia constitucional, pois descreve a escolha de uma constituição e de uma legislatura assim como prescreve padrões para ação e avaliação de leis e de julgamentos. Como Rawls deixa claro, ela exige uma série de fatores, que são tradicionalmente pertencentes ao constitucionalismo e, portanto, naturais numa democracia de caráter constitucional. Oportunamente, no decurso dessa pesquisa, esses fatores serão apresentados.

⁵¹ De um modo sintético, ancorando-se no entendimento de Freeman, é pertinente arguir que a sequência de quatro estágios, em termos simples, é o quadro para deliberar sobre a aplicação dos princípios da justiça. Não é um procedimento que os representantes políticos têm de usar, em circunstâncias reais, para que a Constituição ou as leis sejam justas ou legítimas. Em um mundo ideal, pode ser um procedimento que os representantes constitucionais ou legislativos usam para refletir, ou mesmo, imitar a respeito da aplicação dos princípios de justiça. Todavia, no mundo como se o conhece, seria exigir demasiadamente dos representantes políticos, pois que, em muitos casos, não possuem genuínas habilidades filosóficas. Uma vez que seja assim, pode-se, então, afirmar que a sequência de quatro estágios é uma espécie investigação hipotética que cada cidadão pode fazer, a qualquer tempo, individual ou conjuntamente, para julgar e avaliar a justiça das instituições existentes, bem como as leis e as decisões judiciais. De certo, é, pois, uma maneira de descobrir o grau em que a Constituição e as leis existentes são compatíveis com os princípios da justiça, fornecendo, dessa maneira, uma base para

etapas do processo para a aplicação dos princípios da justiça, nessa sequência *de quatro estágios*, podem ser apresentadas do seguinte modo:

- 1º Estágio: posição original (escolha dos princípios da justiça);
- 2º Estágio: convenção constituinte (estruturação de uma constituição justa);
- 3º Estágio: elaboração de uma legislatura justa;
- 4º Estágio: aplicação das regras a casos particulares pelos executivo e judiciário;

Assim, o esquema de uma sequência de quatro estágios conduz, no primeiro estágio, na posição original, à escolha dos princípios de justiça; no segundo estágio⁵², conduz à explicitação da *constituição política* e das *organizações econômicas justas*; no terceiro estágio, por sua vez, tem-se a elaboração de uma legislação justa – é nesse estágio que se tem o processo legislativo mediante o qual se produzem as leis; finalmente, o quarto estágio diz respeito à aplicação das leis e demais normas aos casos particulares pelo executivo e pelo judiciário, numa fase de aplicação e administração das leis.

Nesse quadro, da teoria da justiça como equidade, sobretudo, no contexto de *TJ*, concebe-se que as leis são diretrizes endereçadas a pessoas racionais para sua orientação⁵³, dentro da estrutura básica da sociedade, de uma sociedade bem ordenada. Neste sentido, pode-se conceber que é somente às pessoas racionais que, de fato, cabe a obediência ou a desobediência a uma lei, seja ela justa ou não. Tendo em conta que as partes na posição original, sob o véu da ignorância, deliberam acerca dos princípios adequados para realizar a liberdade e a igualdade, a lei, como tal, deve estar em consonância com as especificações dos princípios da justiça. Assim, Rawls estabelece que, “Depois de escolher uma concepção de justiça, podemos supor que elas devem escolher uma constituição e uma legislatura para promulgar leis, e assim por diante, tudo em consonância com os princípios da justiça inicialmente acordados”.⁵⁴

Em razão disso, exige-se que, numa sociedade bem ordenada, as leis reflitam a concepção de justiça, deliberada na posição original, nas especificações dos princípios da justiça. Disso, tem-se que a lei define a conduta dos indivíduos, racionalmente motivados. Com efeito, note-se que, como Rawls faz-se entender, é a lei quem define a estrutura básica da sociedade, no âmbito da qual se dá o exercício de todas as demais atividades.⁵⁵ É definindo,

justificativa, argumentação e crítica em uma sociedade democrática (FREEMAN, Samuel. **Rawls**. Taylor & Francis e-Library, 2007, p. 202-3).

⁵² É inegável que, em paralelo com a teoria constitucional, nesse estágio, está-se diante do que se poderia chamar de poder constituinte originário.

⁵³ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §38, p. 295.

⁵⁴ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §3, p. 15.

⁵⁵ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §38, p. 292.

pois, a estrutura básica da sociedade, que a lei estabelece os parâmetros da conduta justa do indivíduo.

Ora, desse ponto de vista, tanto os deveres, assim como as obrigações, de caráter jurídico, são estabelecidos, segundo Rawls, numa sociedade bem ordenada, pelo conteúdo da lei, na medida em que este é determinável.⁵⁶ Se uma lei for imprecisa e incerta, segundo Rawls, a liberdade individual para agir dentro da estrutura básica da sociedade também será imprecisa e incerta⁵⁷, e, conseqüentemente, não haverá meios que possibilitem a criação de uma base para as expectativas legítimas. Disso, “se as leis são diretrizes com o intuito de orientar pessoas racionais, os tribunais devem preocupar-se com a aplicação e o cumprimento dessas leis de maneira apropriada”.⁵⁸ Ou seja, por esse caminho, impõe-se a exigência de que exista um sistema jurídico, o qual foi apresentado anteriormente, que garanta a aplicação e a fiscalização das leis.

Contudo, o papel da lei na teoria da justiça como equidade, como resultado do processo legislativo que a originou, cumprindo os requisitos formais institucionais para sua validade, coloca-se no sentido de que cabe a ela definir os parâmetros da conduta justa e do exercício da liberdade dos indivíduos e dos cidadãos numa democracia constitucional, como expressão do conteúdo dos dois princípios de justiça. Mais que isso, todas as leis básicas da sociedade são leis que formulam e oferecem proteção aos direitos básicos dos indivíduos.⁵⁹ Sobre isso, importa dizer que, para Rawls, a aplicação dos princípios da justiça, em primeiro lugar, destina-se à estrutura básica da sociedade de forma que esses princípios governem a atribuição de direitos e deveres. A formulação de tais princípios tem como pressuposto que a estrutura básica da sociedade seja dividida em duas partes: o primeiro princípio é aplicável à primeira parte, que compõe o sistema social que define e assegura as liberdades básicas iguais; e o segundo princípio é aplicável à segunda parte, que especifica e estabelece as desigualdades de ordem econômica e social.⁶⁰

Vale ter em conta que Rawls, inclusive, desenvolve uma breve reflexão sobre a lei penal tendo em vista justificar a sanção numa sociedade justa. É por isso que, ao finalizar a sua

⁵⁶ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §52, p. 435.

⁵⁷ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §38, p. 295.

⁵⁸ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §31, p. 261

⁵⁹ MARTIN, Rex. **Rawls and Rights**. Kansas: University Press of Kansas, 1985, p. 40.

⁶⁰ A lista das liberdades básicas apontadas por Rawls indica as seguintes: a liberdade política (direito de voto e de ocupar cargo público), a liberdade de expressão e de reunião, a liberdade de consciência e de pensamento, a liberdades de pessoa (proteção psicológica e a agressão física – integridade), o direito à propriedade privada e a proteção, em consonância com o conceito de estado de direito, contra a prisão e a detenção arbitrárias. Assim, reportando-se para o primeiro princípio, estas liberdades devem ser iguais para todos (RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §11, p. 75).

argumentação que explica e justifica a finalidade do estado de direito na teoria da justiça, Rawls salientou que, quando montam um sistema de sanções, as partes na convenção constituinte devem ponderar as suas desvantagens, que podem ser particularmente de duas espécies: i) a necessidade de cobrir os custos da manutenção do organismo (como exemplo, por meio de impostos); e, ii) o perigo para a liberdade do cidadão representativo, medido pela probabilidade de que essas sanções venham a interferir erroneamente em sua liberdade. Objetivamente, Rawls dirá que “o propósito da lei penal é apoiar os deveres naturais básicos, que nos proíbem de molestar outras pessoas em sua vida e em sua integridade física, ou privá-las de sua liberdade e propriedade, e as punições devem servir a esse fim”.⁶¹ Dessa feita, o sentido primeiro da sanção penal é a proteção da liberdade, e, através dessa, pode-se arguir, a proteção das liberdades individuais.

Sendo esse o caso e assumindo-se que o sistema jurídico é uma instituição que estabelece normas de teor público dirigidas a pessoas racionais para sua orientação, assim como para regular sua cooperação dentro da estrutura básica da sociedade, tem-se que no cumprimento e respeito às normas públicas, que devem levar em conta a capacidade de entendimento dos cidadãos para serem colocadas, a imputabilidade é decorrente da liberdade. Alguém só pode ser responsável no âmbito social, na esfera penal, por assim dizer, se houver efetivamente liberdade. Assim, à lei penal cumpre uma dupla finalidade: de um lado, ela deve servir para apoiar e proteger os deveres e obrigações naturais, desde a perspectiva da justiça como equidade; de outro, em relação direta com esse primeiro ponto, a lei penal tem o papel de agir como um instrumento estabilizador da sociedade e da concepção da justiça como equidade.

4. A ORDEM JURÍDICA E O SISTEMA DE DIREITOS

Os direitos são, como discutido, a expectativa legítima de um indivíduo diante dos arranjos institucionais que devem expressar, no contexto da estrutura básica da sociedade, os preceitos da justiça como determinados pelos princípios de justiça. Assim, os direitos estão relacionados a um arranjo institucional no qual a reivindicação e os meios para satisfazê-lo estão intimamente ligados, de modo que se há um direito, há um dever ou uma obrigação correspondente em termos de *expectativa legítima*. No mesmo sentido, são cinco os tipos de direitos que existem no contexto de uma sociedade bem ordenada: (i) o direito moral básico

⁶¹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §48, p. 347.

(sistema de liberdades básicas iguais); (ii) o direito moral universal (direitos que não implicam uma ação do Estado como associação); (iii) o direito natural ou humano (direitos universais e incondicionais); (iv) o direito institucional constitucional (direito natural institucionalizado na constituição); e (v) o direito institucional subsidiário (as interações entre os indivíduos entre si e que não são justificadas diretamente dos princípios de justiça).

Nota-se que o direito moral básico presente como liberdade no primeiro princípio de justiça deve ser corporificado na estrutura básica da sociedade, através das principais instituições, entre as quais se encontra a constituição, dando origem ao direito constitucional. Aqui, a existência da ordem jurídica se justifica em virtude da proteção à liberdade igual, que se expressa no conjunto dos diferentes tipos de direitos. Sendo esse o caso, pode-se dizer que, para Rawls, há uma relação entre a ordem jurídica e o sistema de direito.

Conforme a argumentação que desenvolve em *TJ*, uma constituição justa faz respeitar o primeiro princípio de justiça, o que significa que ela deve conceber o Estado como uma associação de cidadãos em pé de igualdade. A *justiça política* é, como entende Rawls, a justiça própria da constituição. Ao discutir a justiça da constituição, o autor tem em vista a determinação do significado da igual liberdade para a constituição, que é parte da estrutura básica da sociedade. A justiça política é dotada de dois aspectos, ambos originados do fato de que a constituição é um caso da *justiça procedimental imperfeita*, isto é, mesmo que ela tenha um critério independente para produzir o resultado correto, não existe, contudo, processo factível que seguramente leve a ele.⁶² Assim, tem-se: i) que a constituição deve ser um procedimento justo que satisfaz as exigências da liberdade igual; e ii) que a constituição deve ser estruturada de modo que, dentre todas as ordenações viáveis, ela seja a quem tem maiores probabilidades de resultar num sistema de legislação justo e eficaz.

No âmbito constitucional, o princípio da liberdade igual, quando aplicado ao procedimento definido pela constituição, é denominado como princípio da igual participação, que exige “que todos os cidadãos tenham um direito igual de participar no processo constituinte, estabelecendo as leis às quais eles devem obedecer, e de determinar o resultado final”.⁶³ O princípio da participação, portanto, transfere a noção da posição original

[...] para a constituição, tomada como o mais alto sistema de normas sociais para estabelecer normas. Se o Estado quiser exercer uma autoridade final e coercitiva sobre um determinado território, e se deve assim afetar de forma permanente as expectativas de vida das pessoas, o

⁶² RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §14, p. 91-2.

⁶³ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §36, p. 241.

processo constituinte deve preservar a representação igual da posição original no mais alto grau possível.⁶⁴

É imperativo que o princípio da igual participação exige que os cidadãos tenham oportunidade de participar no processo político daquilo a que se chama democracia constitucional, que pode ser organizada nesse sentido. Para Rawls, a democracia constitucional possui certos elementos que, de um modo geral, caracterizam-na, em relação a outras formas políticas, inclusive, democráticas:

[...] em primeiro lugar, a autoridade que determina as políticas sociais básicas reside num corpo representativo escolhido, para ocupar um cargo durante um período determinado, por um eleitorado ao qual esse corpo deve basicamente prestar contas. Esse corpo representativo tem poderes que vão além de uma função consultiva. É uma assembléia legislativa com poderes para fazer leis e não simplesmente um fórum de delegados de vários setores da sociedade, ao qual o executivo explica suas ações e que reconhece os movimentos do sentimento público. Tampouco são os partidos políticos meros grupos de interesses peticionando junto ao governo em benefício próprio; ao contrário, para ter o apoio necessário e conseguir o cargo, eles devem apresentar previamente sua própria concepção de bem público. A constituição pode, naturalmente, delimitar o poder legislativo de muitas maneiras; e as normas constitucionais definem suas ações na qualidade de um corpo parlamentar. Mas no devido tempo uma sólida maioria de eleitorado é capaz de conseguir seus objetivos, se necessário por meio de emendas constitucionais.⁶⁵

Como exposto por Kukathas e Pettit, a liberdade também exige o controle dos poderes do corpo legislativo. E Rawls acha que isso pode ser realizado pelos dispositivos tradicionais do constitucionalismo, a saber: bicameralismo, separação de poderes conjugada com o sistema de freios e contrapesos e uma carta de direitos corretamente aplicada pelos tribunais.⁶⁶

Naturalmente, podem participar dos assuntos políticos apenas os adultos mentalmente saudáveis, com algumas exceções geralmente reconhecidas, honrando, pois, o preceito *um-eleitor-um-voto*. É pertencente à democracia constitucional o fato de as eleições serem justas, livres e regularmente realizadas. O sentimento público, igualmente, é verificado, não apenas por meio de esporádicos e imprevisíveis plebiscitos e outros meios factíveis para tal, mas de forma frequente a fim de ficar sempre claro o desejo dos cidadãos.⁶⁷ Neste ínterim, há rigorosas proteções constitucionais para certas liberdades, especialmente para a liberdade de expressão e de reunião e para a liberdade de formar associações políticas. A liberdade,

⁶⁴ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §36, p. 241-2.

⁶⁵ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §36, p. 242.

⁶⁶ KUKATHAS, Chandras; PETTIT, Phillip. **Rawls: “Uma Teoria da Justiça” e seus Críticos**. Lisboa: Gradiva, 1995, p. 67.

⁶⁷ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §36, p. 242.

portanto, exige o estado de direito, pois de outro modo a incerteza quanto às fronteiras da nossa liberdade tornará o seu exercício arriscado e menos seguro.⁶⁸

Veja-se que, ao longo de todo esse processo, a constituição deve finalmente resultar protegendo um rol de liberdades, os direitos institucionais constitucionais. Entre estas liberdades relevantes albergadas pela constituição, contam-se, particularmente, os direitos de cidadania e da pessoa, isto é, o direito de votar; a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência; o direito de propriedade pessoal; a liberdade da escravidão, prisão arbitrária e apreensão, entre outras.⁶⁹ Observa-se que são os direitos e as liberdades civis comuns. Do esquema e da linguagem da teoria da justiça como equidade, como se encontra em *TJ*, estes direitos protegidos podem ser chamados de direitos naturais ou humanos. Como Rawls esclarece na nota 31, do §77, em que, ao falar da base da igualdade em termos de exigência de direitos básicos iguais, tem-se uma interpretação dos direitos naturais, a qual se deve dar do seguinte modo:

Em primeiro lugar, [ela] explica porque é adequado dar esse nome aos direitos protegidos pela justiça. Essas reivindicações dependem apenas de alguns atributos naturais, cuja presença pode ser verificada pelo raciocínio natural, seguindo métodos de investigação determinados pelo senso comum. A existência desses atributos e das reivindicações neles baseadas é estabelecida independentemente das convenções sociais e das normas legais. A adequação do termo “natural” está no fato de que ele sugerir a contraposição entre os direitos identificados pela teoria da justiça e os direitos definidos pela lei e pelos costumes. Mas, mais que isso, o conceito de direitos naturais inclui a idéia de que esses direitos são atribuídos em primeiro lugar às pessoas, e que lhes é conferido um peso especial. Reivindicações facilmente superadas por outros valores não constituem direitos naturais. Ora, os direitos protegidos pelo primeiro princípio têm essas duas características, em vista das regras de prioridade. Assim, a justiça como equidade tem as marcas características de uma teoria dos direitos naturais. Não só ela fundamenta os direitos essenciais nos atributos naturais e os distingue das normas sociais, mas também atribui direitos às pessoas através dos princípios de justiça igual, tendo esses princípios uma força especial que outros valores não podem normalmente sobrepujar. Embora os direitos específicos não sejam absolutos, o sistema de liberdades iguais é absoluto em termos práticos, contanto que as condições sejam favoráveis.⁷⁰

Ora, os direitos protegidos pelos princípios de justiça, decorrentes do direito moral básico que o encerram, que são corporificados na estrutura básica da sociedade, especialmente pela constituição, de forma a tornarem-se direitos institucionais

⁶⁸ KUKATHAS, Chandras; PETTIT, Phillip. **Rawls: “Uma Teoria da Justiça” e seus Críticos**. Lisboa: Gradiva, 1995, p. 67.

⁶⁹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §11, p. 64-6.

⁷⁰ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §77, p. 695.

constitucionais, podem ser chamados, assim, de direitos naturais. De fato, como uma teoria contratualista, estes direitos protegidos pela justiça são direitos naturais. E, como tal, cabe ao direito, enquanto ordem jurídica, baseada no estado de direito, proteger estes direitos e liberdades fundamentais, isto é, estes direitos naturais.

O sistema jurídico, desde a perspectiva da justiça como equidade, é justificado em razão da proteção dos direitos e liberdades básicas, encarnadas na estrutura básica da sociedade. Assim, voltado para pessoas racionais, a ordem jurídica trabalha na salvaguarda dos direitos e deveres naturais, contribuindo para a estabilidade da concepção de justiça. Sendo assim, concebendo que os direitos são reivindicações a partir de deveres e que, em razão do construtivismo, os direitos são construções a partir da posição original, do equilíbrio reflexivo, dos juízos ponderados, fazendo surgir expectativas legítimas, os direitos, como síntese de um sistema de direitos, são resultados daqueles valores morais que socialmente uma sociedade assumiu como deveres conjuntamente, de modo que é por conta disso que o sistema jurídico age no sentido de reforçar os direitos e os deveres naturais, isto é, “o reconhecimento de um compromisso de tal forma que o que não pode ser assumido como um dever não vale como um direito”.⁷¹

5. CONCLUSÃO

Do que se expôs, algumas conclusões podem ser aferidas. Em primeiro lugar, buscou-se apresentar que Rawls faz referências aos direitos, isto é, que sua teoria da justiça, particularmente, a versão de *TJ*, é adequada como modelo de justificação de direitos sem, no entanto, definir o que entende por *direito*. De fato, os princípios de justiça que definem a justiça como equidade estabelecem um sistema de direitos nos termos de um sistema de liberdades básicas iguais. Apesar disso, a conceituação de direito permanece não definida pelo filósofo de Harvard. Por conta disso, caminhou-se na direção de buscar conceituar o que seria, para Rawls, ter um direito.

Objetivamente, definiu-se o direito como a *expectativa legítima* individual diante das instituições sociais que formam a estrutura básicas da sociedade, quando o comprometimento que exigem, como um sistema de cooperação social, é satisfeito. Nesse sentido, o direito aparece como algo individualizável e determinável como uma justa reivindicação: ou seja, aquilo que é legítimo que o indivíduo receba no interior das instituições

⁷¹ ROHLING, Marcos. **Rawls e o Direito**: o Sistema Jurídico e a Justificação Moral da Obediência à Lei em “Uma Teoria da Justiça”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 77.

da estrutura básica, de modo que, quando existir a satisfação de um dever como compromisso no interior dessas instituições, surge um direito correspondente como *expectativa legítima* a ser satisfeito. Assim, nem todo direito é justificado desde a posição original: apenas os direitos mais importantes, aqueles concernentes à liberdade (os direitos morais básicos, os direitos morais universais e os direitos naturais ou humanos), são justificados desde essa situação inicial de igualdade, impondo a todos um dever que transcende o ordenamento jurídico, inclusive. Desse modo, há direitos institucionais que não são justificados pela posição original, ainda que sejam vistos como expectativas legítimas de instituições que sejam justas e satisfaçam os princípios de justiça.

Assim, se os direitos são o que o cidadão cooperativo pode esperar ver satisfeito, por parte da sociedade, através das instituições existentes, a tipologia dos direitos que aparece na teoria justiça como equidade inclui os seguintes, a saber: (i) direito moral básico; (ii) direito moral universal; (iii) direito natural ou humano; (iv) direito institucional constitucional; e (v) direito institucional subsidiário. Com efeito, pode-se entender, desde o paradigma da posição original, que, nos princípios de justiça, deixa-se claro um direito moral básico, o qual deverá se tornar um direito institucional constitucional, que, no corpo de *TJ*, deve ser entendido também como um direito natural. Assim, o direito natural é um direito humano moral básico que devem ser institucionalizados pela constituição.

Nesse contexto, discutiu-se, num segundo momento, que o ordenamento jurídico aparece na teoria da justiça como equidade em razão da necessidade de parâmetros públicos para a orientação da conduta das pessoas e de regulação da estrutura da cooperação social. Trata-se, assim, de um sistema jurídico de uma democracia constitucional, guiada por uma concepção pública da justiça e que se vincula à proteção do sistema de liberdades básicas individuais, de modo a oferecer a base para expectativas legítimas numa sociedade bem-ordenada. O estado de direito aparece como a principal característica desse ordenamento jurídico que, por sua extensão, tem o poder de regular as demais instituições. Assim, o estado de direito se volta à garantia e à proteção dos direitos na justiça como equidade e, em vista disso, é constituído pelos seguintes preceitos: (i) o preceito dever implica poder; (ii) o preceito casos semelhantes devem receber tratamentos semelhantes; (iii) o preceito de que não há ofensa sem lei; e (iv) os princípios da justiça natural. Como se argumentou, estes preceitos são válidos como regras e princípios para o sistema jurídico, que, através deles, impõem-se como diretrizes que garantem a legalidade de toda a estrutura jurídica.

De fato, a própria justificativa de existência de uma ordem de leis tem como horizonte, na teoria da justiça como equidade, como resultado do processo legislativo que a originou e

respeitando as condições formais institucionais para sua validade, a definição dos parâmetros da conduta justa e do exercício da liberdade dos indivíduos e dos cidadãos numa democracia constitucional, como expressão do conteúdo dos dois princípios de justiça. É possível dizer que Rawls tem uma filosofia das leis, ainda que incipiente. É esse o sentido que chancela, também, a elemento punitivo do Estado, através desse aparato jurídico. Assim, vinculada às expectativas legítimas e amparada no princípio da liberdade, Rawls compreende que a lei penal apoia os deveres naturais básicos, que proíbem molestar outras pessoas em sua vida e em sua integridade física, ou privá-las de sua liberdade e propriedade, e que as punições servem a esse fim. Sendo esse o caso, o monopólio da violência que se estabelece através das leis penais e da sanção se estabelece como um mecanismo existente na sociedade democrática para estimular e apoiar os deveres naturais básicos, o que fará que ela permaneça estável.

Finalmente, a respeito da relação entre a ordem jurídica e o sistema de direitos assim caracterizado, buscou-se reforçar alguns elementos que apareceram já no desenvolvimento dos pontos anteriores. Nesse sentido, afirmou-se que a constituição corporifica, na estrutura básica da sociedade, os direitos que estão presentes nos princípios de justiça, afirmando que, como uma teoria contratualista, estes direitos oriundos dos princípios de justiça são direitos naturais nos termos dados acima. Em disso, cabe à ordem jurídica, guiada pelo estado de direito, proteger tais direitos e liberdades fundamentais, inclusive, impondo, sempre que preciso, uma punição que seja racional e justa. Assim, os direitos, como síntese de um sistema de direitos, e que resultam de valores morais que socialmente uma sociedade assumiu como deveres conjuntamente, encontram amparo, proteção e garantia através de uma ordem jurídica que impõe punição, quando necessário, para estabilizar a sociedade, permitindo que seja durável.

Como última palavra, cabe dizer que uma visão que leve em conta as transformações na teoria da justiça como equidade promovidas no *Liberalismo Político* e em *Justiça como Equidade: uma Reformulação* seria interessante e evidenciaria algumas alterações quanto ao modo de justificação dos próprios direitos, particularmente, dos direitos constitucionais. Também, que o mecanismo de justificação que o autor empreende em *O Direito dos Povos* é mais restrito e se volta apenas a um segmento dos direitos humanos. Isso sugere uma forma interessante de se estudar a teoria de Rawls, de forma a evidenciar as diferentes fases do pensamento do autor é esta que se horizontaliza através dos direitos e das suas justificações.

REFERÊNCIAS

FELIPE, Sônia T. Rawls: uma Teoria Ético-Política da Justiça. In: OLIVEIRA, Manfredo A. (Org.) **Correntes Principais da Ética Contemporânea**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

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

HART, H. L. A. Rawls on Liberty and its Priority. In: DANIELS, D. **Reading Rawls**. Nova York: Basic Books, 1975.

KAUFMAN, Alexander. Political Authority, Civil Disobedience, Revolution. In: MANDLE, J. & REIDY, D. A. (Orgs.) **A Companion to Rawls**. Chichester: Wiley Blackwell, 2014.

KUKATHAS, Chandras; PETTIT, Phillip. **Rawls: “Uma Teoria da Justiça” e seus Críticos**. Lisboa: Gradiva, 1995.

MACLEOD, Alistair. Rights, Moral and Legal. In: MANDLE, Jon; REIDY, David A. (Ed.). **The Cambridge Rawls Lexicon**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

MARTIN, Rex. **Rawls and Rights**. Kansas: University Press of Kansas, 1985.

MANDLE, J. & REIDY, D. A. (Orgs.) **A Companion to Rawls**. Chichester: Wiley Blackwell, 2014.

MICHELMAN, Frank I. In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 121, p. 962-1019, 1973. ISSN 1942-8537. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5240&context=penn_law_review. Acessado em 17 de out. 2020.

NAVARRO, Emilio Martínez. **Solidariedad Liberal**. La Proposta de John Rawls. Granada: Editorial Comares, 1999.

NELSON, William N. Special Rights, General Rights, and Social Justice. **Philosophy and Public Affairs**, vol. 3, p. 410-30, 1974. ISSN 1088-4963. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2264954?seq=1>. Acessado em 17 de out. 2020.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

_____. Distributive Justice. In: RAWLS, J. **Collected Papers** (Org. Samuel Freeman) Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999.

_____. **Justiça como Equidade: uma Reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O Direito dos Povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROHLING, Marcos. A Teoria da Justiça de Rawls e as Políticas Sociais em Educação. **Revista Sul-Americana de Filosofia e Educação**, v. 28, p. 27-49, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/resafe/article/view/4900/4458>. Acessado em 17 de out. 2020.

_____. Rawls e o Direito: a Ordem Jurídica na Teoria da Justiça como Equidade. **Revista de Derecho**, Valparaíso, Chile, v. 1, p. 593-621, 2015. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n44/a18.pdf>. Acessado em 17 de out. 2020.

_____. **Rawls e o Direito: o Sistema Jurídico e a Justificação Moral da Obediência à Lei** em “Uma Teoria da Justiça”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SARANGI, Prakash. Notion of “State” in John Rawls' Theory of Justice. **The Indian Journal of Polical Science**. Vol. 52, N° 2, April-June, p. 195-207, 1991. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41855551>. Acessado em 17 de out. 2020.

VOICE, Paul. **Rawls Explained**. Chicago: Open Court, 2011.

WENAR, Leif. Rights. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring, 2020 Edition. ISSN 1095-5054. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/rights/>. Acessado em 12 de out. 2020.