

Artigo publicado em revista jurídica.

A Teoria dos Elementos Constitucionais Essenciais de John Rawls

WALBER DE MOURA AGRA

Pós-Doutor pela Universidade de Bordeaux

Doutor em Direito pela UFPE/Universidade de Firenze

Procurador do Estado de Pernambuco

Professor da UFPE

Advogado

Apesar de a teoria da justiça de John Rawls ser uma teoria procedimental, buscando a superação das teses baseadas no jusnaturalismo e daquelas que advogam a utilização de modelos ontológicos absolutos, ele recorre aos *constitucional essentials* para que, através de elementos substantivos, de taxionomia relativa, corrija os desvios de uma teoria procedimental sem referenciais mínimos. Foi por essa razão que ela foi classificada como uma teoria substancialista, não obstante os seus aspectos procedimentais que são evidentes.

Essa aparente contradição deve ser analisada dentro da evolução da obra de Rawls já que o livro “*Uma Teoria de Justiça*”, no qual exprime a sua teoria procedimental de justiça, data de 1971, enquanto “*Liberalismo Político*”, em que concebe a teoria dos elementos constitucionais essenciais, data de 1993, influenciado pelo pluralismo existente nas sociedades pós-modernas.¹ O próprio

· Mestre pela UFPE, Doutor pela UFPE/Università degli Studio di Firenze; Professor Universitário da ASCES e da Universidade Católica de Pernambuco; Professor Visitante da Università degli Studio di Lecce; Membro do Conselho Científico do Doutorado da Università degli Studio di Lecce; Visiting Research Scholar of Cardozo Law School; Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais; Procurador do Estado da Pernambuco; Advogado.

¹ MAFFETTONE, Sebastiano. *Rawls, Orizzonte di Tolleranza*. Disponível em: <http://lgxserver.uniba.it/lei/rassegna/0211271.htm>. Acesso em: 27/05/2004.

Rawls admitiu na introdução da edição espanhola do “Liberalismo Político” que as alterações efetuadas são uma resposta às modificações que foram implementadas no panorama global.²

Ele percebeu que mesmo uma teoria procedimental de justiça necessita de alguns limites substanciais para que possa funcionar à contento, com a realização de alguns objetivos considerados como imprescindíveis. Os elementos constitucionais essenciais têm a finalidade de evitar que um modelo procedimental possa colidir contra preceitos considerados essenciais e imprescindíveis para a construção de um conceito de justiça.³ Os *constitucional essentials* se configuram em elementos substantivos que garantem um conteúdo mínimo à sua teoria procedimental de justiça.

A idéia do liberalismo político de Rawls é que a jurisdição constitucional deve ser exercida com a finalidade de proteger os *constitucional essentials*, a partir da construção de um conceito de razão pública que deve se transformar em arrimo as decisões judiciais.⁴ Para ele, o Supremo Tribunal Federal, dentro da realidade brasileira, é o órgão que deve servir de guardião para a concretização da razão pública, sendo plenamente compatível com o seu papel de intérprete da Constituição. Toda a sua atuação deve ser baseada na razão pública e, portanto, as decisões judiciais devem ser explicadas e justificadas com alicerce na Constituição.

² “Certamente poderia aparecer que o objetivo e o conteúdo dessas conferências representam uma modificação importante na teoria formulada no meu livro “Teoria da Justiça”. E, na verdade, como eu já indiquei há relevantes diferenças. Mas para entender a índole e o alcance destas devemos considerar que surgem no intento de resolver um sério problema inerente a justiça como imparcialidade; a saber, surge do fato de que a explicação para a estabilidade contida na terceira parte do livro “Teoria da Justiça” não é mais congruente com o panorama global. Penso que todas essas diferenças neste aspecto são consequência de se tentar dissipar tal incongruência”. RAWLS, John. *Liberalismo Político*. Trad. Sérgio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. P. 11.

³ “O consenso sobreposto, por sua vez, deve ter seus princípios fundados numa concepção política de justiça, indo além dos princípios políticos que estabelecem o procedimento democrático, incluindo princípios que cubram a estrutura básica da sociedade como um todo, através do estabelecimento de direitos substantivos como a liberdade de consciência e liberdade de pensamento, igualdade de oportunidade e princípios cobrindo certas necessidades essenciais”. VILHENA VIEIRA, Oscar. *A Constituição e sua Reserva de Justiça. Um Ensaio sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. P. 209.

⁴ A etimologia da expressão razão pública deixa entrever que existem outras razões que não pertencem ao espaço público, sendo razões de natureza privada, como aquelas que são pertinentes às associações civis.

O liberalismo político tem como requisito para a sua construção teórica, que a Lei Maior seja fruto de uma criação democrática, em que todos os setores da sociedade tenham oportunidade de participar da sua elaboração. Teoricamente, cada cidadão deve ter igual poder político. Como consequência, o poder político deve ser exercido de acordo com os princípios constitucionais, privilegiando o debate público no qual as decisões mais importantes devem ser tomadas. A legitimidade do poder político também é importante para a teoria analisada, consistindo em um dever moral dos cidadãos explicar de forma racional, aos demais, as questões primordiais da vida política. As escolhas políticas devem ser tomadas com arrimo nos valores políticos que foram adotados pela Constituição.

A razão pública se configura como apanágio dos regimes democráticos, cujas decisões políticas são tomadas pelo povo, no sentido de alcançar o bem comum. Ela é assim considerada porque se constitui em um bem público, pertencente à coletividade, formada pelos cidadãos; seu conteúdo de igual forma é público porque é constituído de princípios decorrentes da concepção que a sociedade tem de justiça política, sedimentados na sua base. Como as sociedades hodiernas são plurais, refletindo uma divisão econômica, social, cultural, religiosa etc, a formação de consensos sociais que orientarão a razão pública necessita do desenvolvimento de espaços públicos de discussão, que somente podem florescer em um regime democrático.

Um dos apanágios relevantes da razão pública é a sua imparcialidade, que representa um importante fator para a sua legitimidade. Se o órgão que exerce a jurisdição constitucional não pautar suas ações pelo dogma da imparcialidade, a aquiescência as suas decisões na sociedade sofrerá um decréscimo, o que conseqüentemente diminuirá a eficácia dos mandamentos constitucionais e principalmente dos elementos constitucionais essenciais.

A dificuldade de se garantir a concretização dos elementos constitucionais essenciais a partir da razão pública é a definição do seu conceito. Se essa determinação não for mesurada, pode haver uma instabilidade que prejudique a sua efetivação. Por isto, o conteúdo da razão pública para Rawls é definido

através de uma concepção política de justiça, centrada no seu aspecto de equidade, em que apesar das divisões sociais, haja um núcleo de consenso comum que resida nos elementos constitucionais essenciais.⁵

A concepção política de justiça é alicerçada nos seguintes aspectos: liberdades e oportunidades básicas para todos os cidadãos, independente de classe social; liberdade de convicção ideológica ou credo religioso; que essas liberdades e oportunidades básicas sejam construídas sob o fundamento de propiciar o bem geral para todos os cidadãos; que existam instrumentos assecuratórios de que essas liberdades e oportunidades básicas serão concretizadas.

Para se entender o conceito político de justiça, de cunho ideológico liberal, é necessária a construção de diretrizes que especifiquem a forma de concretização da razão pública. Essas diretrizes constam de duas partes: de princípios substantivos de justiça, que incidem na estrutura básica da sociedade – mesmo não apresentando uma taxionomia absoluta porque são relativos é inquestionável seu teor substancial; e as diretrizes de indagação que delineiam a forma como os cidadãos devem decidir e aplicar de maneira adequada os princípios substantivos – apresentando natureza procedimental para possibilitar que as discussões realizadas nos espaços públicos possam chegar a um consenso.

Destarte, a concepção política de justiça é formada de duas partes, que possuem idêntico valor, sendo partes concomitantes de um acordo único. A primeira compõem-se de princípios de justiça substancial, formados pelas estruturas de base – que englobam todas as principais instituições políticas, sociais, econômicas, cujas funções mantêm áreas de interseção nas suas atuações, dentro da sociedade de forma difusa. A segunda compõem-se de regras procedimentais, princípios e regras racionais, chamados de regras de orientação,

⁵ VERRATTI, Susanna Creperio. *Il Liberalismo Politico di John Rawls*. Disponível em: http://www.ideazione.com/settimanale/5.cultura/77_06-12-2002/77creperio.htm. Acesso em: 27/05/2004.

cujas função é esclarecer aos cidadãos o modo de aplicação dos princípios substanciais para escolher as leis e as políticas que melhor lhes satisfaçam.⁶

A finalidade de conectar a concepção política de justiça aos princípios substanciais de justiça e às regras procedimentais de orientação é densificar a legitimidade popular ao conteúdo de razão pública. A teoria de Rawls sofre influência da doutrina substancialista na medida em que procura legitimar a jurisdição constitucional com base em uma determinada substância, ou seja, o conteúdo dos princípios substanciais de justiça, elemento imprescindível para a construção do conceito de razão pública. As regras de orientação, que apresentam uma nítida taxionomia procedimental, não obnubilam o aspecto substancial da teoria de Rawls porque são requisitos para a concretização da razão pública, sem interferir na concretização dos elementos constitucionais substanciais, muito pelo contrário, são requisitos para a sua realização.

A finalidade da razão pública é a concretização dos elementos constitucionais essenciais, que são os princípios substanciais de justiça, normatizados no texto da Constituição. Esses vetores não podem ser descurados, sob hipótese alguma, na atuação da jurisdição constitucional porque têm a função de preservar a sua racionalidade. O conteúdo dos elementos constitucionais essenciais deve ser oriundo de um amplo consenso social que é realizado na feitura da Constituição (*overlapping consensus*), o que maximiza a sua legitimidade, em decorrência das especialíssimas condições ensejadas para a promulgação de uma nova Carta Constitucional.

Os elementos constitucionais essenciais para o liberalismo político de Rawls são de dois tipos: “a) princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do governo e do processo político, definindo os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e a estipulação de limites ao governo formado pelo princípio da maioria; b) igualdade de direito e liberdade fundamental de cidadania, que a maioria parlamentar deve respeitar: direito de voto e de participação ativa na política, liberdade de consciência, de pensamento e de associação, proteção do

⁶ RAWLS, John. *Liberalismo Político*. Trad. Gianni Rigamonti. Milano: Edizioni di Comunità, 1994. P. 192.

princípio da legalidade, assim como as garantias estipuladas pelo Estado de Direito”.⁷

Segundo Rawls, os limites da razão pública não se encontram claramente definidos no conteúdo de uma estrutura normativa, em uma visão estreitamente normativa, havendo da mesma forma limites históricos e sociais que restringem a atuação da razão pública.

Os elementos constitucionais essenciais além de serem estruturas normativas substanciais para a aplicação da Constituição, sevem de limite e de orientação para a razão pública, comportando-se como invariáveis axiológicas que são aceitas pelos mais diversos extratos sociais, inerentes principalmente ao regime democrático. Por sua vez a função primordial da razão pública é garantir a concretização dos direitos constitucionais essenciais, embasados por princípios de justiça.⁸

O órgão que deve zelar pela implementação da razão pública, na teoria de Rawls, é o Supremo Tribunal Federal, dentro da realidade brasileira, que exerce o papel de mais alta esfera de interpretação das normas constitucionais, porém não é o intérprete exclusivo da Constituição. Ele fundamenta seu posicionamento em cinco pontos principais: na distinção entre poder constituinte, que tem a função de estabelecer as linhas fundamentais de um novo regime e o poder ordinário, exercido na política quotidiana; na distinção entre leis constitucionais e leis infraconstitucionais, em que estas têm que se adequar àquelas devido a sua suprallegalidade; que uma Constituição democrática expressa a idéia política de um povo, cabendo à razão pública articular este ideal; no fato de que as Constituições modernas trazem uma declaração de direito que estabelece elementos constitucionais essenciais, configurando-se como uma garantia para os

⁷ RAWLS, John. *Liberalismo Político*. Trad. Gianni Rigamonti. Milano: Edizioni di Comunità, 1994. P. 195.

⁸ “A primeira afirmação dos dois princípios é a seguinte: primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos”. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. P. 64.

cidadãos; que em um Estado Democrático Social de Direito o poder não é exercido apenas por uma corte suprema, ou pelo Poder Legislativo, mas pelos três poderes que têm que prestar contas de sua atuação ao povo.

Munindo-se da teoria da dupla democracia de Bruce Ackerman, Rawls defende que a função da jurisdição constitucional é a proteção do conteúdo essencial estabelecido no processo constituinte e alcomatado na Carta Magna, e essa atuação deve ser direcionada de acordo com a razão pública, impedindo que as leis constitucionais possam ser desrespeitadas pelo legislador ordinário, que não dispõe de legitimidade suficiente para tal, pois se ampara em uma maioria transitória. Ele discorda das assertivas de que a jurisdição constitucional exerce uma atividade antidemocrática quando anula leis infraconstitucionais por estarem em desacordo com a Constituição. Afirma que antidemocráticas são as leis infraconstitucionais, que não ostentam o grau de legitimidade da Lei Maior, e, em alguns casos, têm conteúdo conflitante com os seus postulados.

A interpretação realizada pelo tribunal constitucional deve ser feita de acordo com os princípios da razão pública, baseando-se em argumentos racionais e com base nos elementos constitucionais essenciais, com o objetivo de defender a Constituição. Entretanto, Rawls defende um papel mais atuante do órgão que exerce a jurisdição constitucional, no sentido de que ele deve, não apenas defender os mandamentos constitucionais, mas atuar como paradigma institucional determinando o conteúdo da razão pública em cada um dos casos concretos. A razão pública somente pode ser definida pelo órgão que exerce a jurisdição constitucional, sem nenhuma intervenção dos outros poderes estabelecidos.⁹

Nesse sentido, a teoria de Rawls apresenta um avanço porque não restringe a atuação da jurisdição constitucional apenas ao seu sentido negativo ou

⁹ “Dizer que a Corte Constitucional é o paradigma da razão pública significa também que os juízes, usando a consciência daqueles que escreveram a Constituição e os precedentes constitucionais, devem procurar desenvolver e exprimir nas suas decisões racionais a melhor interpretação possível, em que a melhor interpretação possível é aquela que melhor se adapta aos *corpus* material da Constituição pertinente e a justifica nos termos da concepção pública de justiça”. RAWLS, John. *Liberalismo Político*. Trad. Gianni Rigamonti. Milano: Edizioni di Comunità, 1994. P. 201.

positivo – mesmo que em relação a fazer valer a razão pública – abrangendo ainda uma função pedagógica, estimulando as discussões que se realizam nos espaços públicos da sociedade, mediante os quais são formados os consensos sociais.¹⁰

Os direitos fundamentais para o liberalismo político de Rawls não abrange as suas cinco dimensões, principalmente aqueles direitos sociais que exigem uma intervenção mais nítida dos órgãos estatais para a sua realização.¹¹ Claro que ele fala em assegurar aos cidadãos condições mínimas para que eles possam participar de forma “livre” das decisões políticas, que denomina de “mínimo social”, mas de forma muito genérica.

Os direitos fundamentais que ocupam um lugar proeminente na sua teoria são aqueles de primeira dimensão, pertinentes aos direitos civis e de participação política. Para ele, os princípios da isonomia e das liberdades fundamentais e aqueles que exprimem a desigualdade social e econômica desempenham papéis coordenados: os primeiros garantem iguais direitos de liberdade e iguais direitos fundamentais para que os cidadãos possam participar do processo político de forma justa; os segundos atuam em uma sociedade onde os seus membros são livres e iguais em direitos, para garantir a aplicação da justiça distributiva, com relação ao mérito de cada um dos cidadãos.

Dentre as teorias substancialistas de legitimação da jurisdição constitucional a teoria esposada por Rawls, fundada nos elementos constitucionais essenciais, é aquela que oferece uma menor eficiência na garantia dos direitos fundamentais. Primeiro, porque pairam dúvidas sobre a exata definição do que venham a ser os elementos constitucionais essenciais, havendo uma forte analogia com o conceito de constituição material. E segundo, porque os direitos

¹⁰ RAWLS, John. *Liberalismo Político*. Trad. Sérgio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. P. 224.

¹¹ “John Rawls se preocupa com uma definição de justiça como equidade e com o uso público da razão pública. Se em Teoria da Justiça, ele havia enunciado os princípios de justiça, relegando os direitos sociais para um plano infraconstitucional, no Liberalismo Político ele fez uma distinção entre os direitos individuais relacionados à democracia e os de outros dimínios, restando ao “consenso constitucional” apenas os de

fundamentais, que exigem uma prestação mais ativa por parte do Estado, como os direitos sociais, não foram tipificados como elementos constitucionais essenciais o que, para a realidade brasileira, mostra-se como uma grossa deficiência.

Não obstante, a convicção da necessidade de existência de elementos constitucionais essenciais para a garantia de concretização de um conteúdo mínimo da Constituição, como é defendido por Rawls na construção de sua teoria de justiça, mostra-se, indubitavelmente, como um avanço, no sentido de assinalar que mesmo em uma teoria procedimental deve existir um conteúdo substancial mínimo para garantir a concretização de determinados direitos fundamentais. A teoria dos elementos constitucionais essenciais de Rawls é uma tentativa de entrelaçar a legitimação da jurisdição constitucional, baseada nos direitos fundamentais, com a teoria de legitimação procedimental, cujo alicerce reside nos procedimentos do regime democrático.

Bibliografia

LEITE SAMPAIO, José Adércio. “Teorias Constitucionais em Perspectiva”. In: *Crises e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MAFFETTONE, Sebastiano. *Rawls, Orizzonte di Tolleranza*. Disponível em: <http://lqxserver.uniba.it/lei/rassegna/0211271.htm>. Acesso em: 27/05/2004.

RAWLS, John. *Liberalismo Político*. Trad. Sérgio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

_____. *Liberalismo Político*. Trad. Gianni Rigamonti. Milano: Edizioni di Comunità, 1994.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

VERRATTI, Susanna Creperio. *Il Liberalismo Político di John Rawls*. Disponível em: http://www.ideazione.com/settimanale/5.cultura/77_06-12-2002/77creperio.htm. Acesso em: 27/05/2004.

VILHENA VIEIRA, Oscar. *A Constituição e sua Reserva de Justiça. Um Ensaio sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

primeira ordem”. LEITE SAMPAIO, José Adércio. “Teorias Constitucionais em Perspectiva”. In: *Crises e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. P. 21.