

1 Introdução

Neste artigo, tratar-se-á do princípio da igualdade propriamente dito, começando pela sua evolução no tempo. Partindo do conceito de justiça social e de uma sociedade para a qual essas ideias não passavam de ideais revolucionárias decorrentes de um regime social e político totalitário, deixando crescentes os anseios de uma gama populacional por mudanças radicais, que acabaram por iniciar um processo que culminou na mudança da concepção de Estado e que começou a conceber, de forma inovadora, a importância de princípios, dentre estes o da igualdade.

Em seguida, uma análise do princípio da igualdade, segundo a visão do filósofo John Rawls, será feita com o objetivo de delimitar a interpretação desse princípio, já que envolve uma gama imensa de interpretações e definições tendo em vista sua enorme abrangência teórica e prática. A ideia de justiça como igualdade abarca, de forma categórica, as questões das desigualdades sociais, políticas, comportamentais e econômicas no processo de desenvolvimento de uma sociedade.

Por fim, tratar-se-á da importância do princípio da isonomia na Constituição Federal de 1988, que foi dada pelo legislador e que trouxe inúmeras inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, e, conseqüentemente, gerou uma revolução constitucional no que diz respeito aos direitos fundamentais.

2 Justiça social

O inglês John Rawls, em seu livro *Uma teoria da Justiça*, discute o papel da justiça na cooperação da sociedade. Ele parte da concepção de justiça como justiça social, pois considera que o objeto principal da justiça seja a sociedade, ou “a forma pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão de benefícios da cooperação em sociedade” (RAWLS, 2002, p. 7-8).

Segundo esse autor, há uma necessidade de que haja princípios orientadores em uma sociedade, porque, embora seja um empreendimento cooperativo que visa a vantagens mútuas, ela é tipicamente marcada por um conflito de interesses, visto que a cooperação social possibilita que todos tenham uma vida melhor da que teria qualquer um dos membros se cada um dependesse de seus próprios esforços. Há um conflito de interesses, porque as pessoas não são indiferentes no que se refere a como os benefícios maiores produzidos pela colaboração mútua são distribuídos, pois, para perseguir seus fins, cada um prefere uma participação maior a uma menor (RAWLS, 2002, p. 4-5).

A partir da ideia de conflito social, pode-se classificar o movimento político-social em três momentos: a) reconhecimento do conflito, tendo em vista a escassez dos bens e o desejo ilimitado do ser humano; b) intervenção da teoria da justiça, tornando a sociedade justa; c) consolidação da sociedade cooperativa, onde prevalece a justiça e a cidadania (PEGORARO, 1997, p. 68).

Leonetti (2003, p. 159) sintetiza a justiça em Rawls (2002) da seguinte forma:

A Justiça (Social) pressupõe o regime constitucional democrático, em que as liberdades individuais, a livre iniciativa, a propriedade privada e a igualdade de oportunidades são algumas das características mais marcantes. Esta Justiça Social pressupõe tanto a divisão equitativa do bem comum como a cooperação de cada um para o bem de todos. É uma Justiça do tipo procedimental pura, lastreada simultaneamente na igualdade de oportunidades e na igualdade de resultados, uma vez que pressupõe que a adoção do procedimento correto levará a um resultado também correto [...].

O próprio Rawls (2002, p. 10) conclui que “[...] uma concepção de justiça social fornece, primeiramente, um padrão pelo qual se devem avaliar aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade [...]”.

Após essa breve explanação sobre os estudos de alguns dos principais pensadores sobre o princípio (ou a virtude) da justiça, passa-se a tecer algumas considerações sobre o tema.

Tendo em vista que a função social de um Estado Democrático seja a busca da realização da justiça social, a política tributária pode e deve ser utilizada de modo a operacionalizar esse objetivo primeiro. O sistema tributário deve primar pela escolha de políticas que busquem atenuação das desigualdades

* Juiz de Direito do TJMG. Doutorando em Direito na FADISP.

sociais, e, para isso, deve distribuir adequadamente a carga de tributos entre os contribuintes, respeitando sempre as características individuais específicas de cada um.

Para ilustrar esse pensamento, traz-se à baila o ensinamento de Leonetti (2003, p. 174), no seguinte sentido:

A justiça social é praticada quando, simultaneamente:

- a) os ônus e os bônus de todo social são repartidos entre todos, de acordo com critérios prévios e democraticamente definidos e segundo a capacidade e a necessidade de cada um; e
- b) é assegurado a cada indivíduo o mínimo indispensável a uma vida digna.

2.1 Desenvolvimento conceitual da ideia de igualdade

Os direitos sociais nas constituições, por muito tempo, foram ignorados por uma série de fatores políticos, sociais e hierárquicos, que impediam uma abrangência significativa de princípios, hoje considerados fundamentais para a construção de um direito minimamente justo. O princípio da igualdade foi alçado a um patamar constitucional de enorme relevância, uma vez que sua violação significa grave falta, como demonstra claramente Mello (2010, p. 34):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema [...].

Estando o princípio da igualdade inserido nos maiores escalões da norma constitucional, é importante a sua análise e o desenvolvimento de seus vários conceitos, a fim de se chegar ao mais próximo possível do sentido literal e material que a norma propõe.

As disposições constitucionais relativas à justiça social não podem ser consideradas como meras exortações ou conselhos, de valor meramente moral e explicativo. Todas essas devem ser consideradas de forma obrigatória, gerando para os Estados deveres de fazer ou de não fazer (MELLO, 2010, p. 55).

Ainda que a ideia de igualdade remonte à filosofia grega e seja ainda anterior a ela, este tópico restringe-se a fazer uma abordagem do desenvolvimento conceitual do princípio da igualdade, partindo de marcos considerados mais significativos e relevantes na evolução desse conceito.

O sistema inglês, que ainda hoje se mantém similar ao que foi estabelecido no século XVII, inicia essa revolução de maneira mais efusiva, pois coloca as mudanças políticas e sociais sob a égide de um Parlamento, que estabelecerá novas regras ou mudanças e complementações da legislação já existente, em decorrência de novas realidades, ou seja, as mudanças sociais terão importância legislativa para serem alteradas de acordo com as necessidades contemporâneas (DALLARI, 2010, p. 182).

Outra demonstração clara da relevância da instituição inglesa para as bases de um conceito de igualdade se encontra na formação de seu governo na forma de Parlamentarismo, principalmente no que diz respeito à diferenciação das Câmaras em Lordes e Comuns, essa última representada pela ascendente burguesia, que buscava, naquele momento, a total derrocada do regime absolutista, e, conseqüentemente, assim se aproximava de uma ideia de igualdade formal, ainda que voltada para seus próprios interesses, excluindo a grande fatia da população.

Outro fato de extrema relevância ocorreu na França, em 1789, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.¹ Foi a partir daí que foi possível notar as primeiras impressões reais para a formação do conceito de igualdade de forma mais abrangente e com algum efeito prático para a grande população, mesmo que ainda estivesse muito distante do que se pode perceber atualmente.

Anteriormente as revoluções liberais dos séculos XVII (Inglaterra) e XVIII (França e EUA), as pessoas não eram concebidas como iguais. Direitos e deveres eram decorrentes do seu *status* social, e não da sua natureza humana, a qual era ignorada pelas elites detentoras do poder sociopolítico. Após a instauração do Estado Liberal Burguês e a derrocada do antigo regime na Europa, a igualdade, ao menos perante a lei, é afirmada com o fim dos privilégios de origem estamental (SARMENTO, 2006, p. 119).

Contudo, o avanço foi incompleto. Em primeiro lugar, porque estava em total contradição com o conceito de igualdade, e, em segundo lugar, os direitos políticos eram assegurados apenas à burguesia, detentora do poder econômico, através do voto censitário, o que acabava por excluir a grande maioria da

¹ “Art. 17. Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.”

população de participar da vida pública e de exercer qualquer influência sobre a elaboração das normas (SARMENTO, 2006, p. 119).

Como se pode notar, um conceito mais forte historicamente começou a se formar a partir na Declaração de Direitos Francesa de 1789, como cita Dallari (2010), que nos dá a ideia da preocupação não apenas com situações fático-jurídicas, mas também com a organização social.

Esse ato, de acordo com historiadores, representa um daqueles momentos decisivos, pelo menos do ponto de vista simbólico, que marcam o fim de uma época e o início de outra, bem como uma virada na história da humanidade (BOBBIO, 1992, p. 85).

A adoção da ideia de Constituição como fundamento filosófico da organização social, numa perspectiva universal e idealizada com base nos valores fundamentais da pessoa humana, indo muito além da busca de solução para problemas locais e imediato (DALLARI, 2010, p. 200).

A Carta Francesa, de cunho nitidamente liberalista, preocupava-se mais com a salvaguarda do direito à propriedade privada, protegendo-o de qualquer ingerência estatal, como dispunha seu art. 17.

Sabe-se muito bem que a mola para o progresso não é a calma, mas o conflito. Todavia, compreende-se que deve existir, nesse processo de rompimento, um limite dependente do autodisciplinamento do conflito (BOBBIO, 1992, p. 136).

Tendo-se em vista esse processo de mudança social, tornou-se importante que o legislador observasse de perto conceitos até então deixados de lado. Esse tratado constitucional versava, com mais relevância, sobre o direito à liberdade e à propriedade, deixando claro sua crescente importância. Vejamos sua redação:

Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser que a necessidade pública, legalmente constatada, o exija de modo evidente, e sob condição de uma justa e prévia indenização (Declaração Francesa, art. 17).

Apesar de não priorizar o tratamento do conceito de igualdade como concebido atualmente, a Declaração Francesa se destaca no tocante a uma revolução no constitucionalismo, por se preocupar com ideias sociais que até então não eram tratadas com a devida importância, eram até esquecidas em algumas situações. A exclusão de mulheres e homens que fossem empregados ou tivessem renda baixa mostra a intenção clara desse documento ao estabelecer desigualdades nos direitos políticos, como ocorreu a partir da Constituição de 1791.

O conceito de igualdade foi usado inversamente, a fim de se defender a desigualdade, que era chamada de natural por Benjamin Constant (1991, *apud* DALLARI, 2010, p. 127), o qual alega que, "Tendo à disseminação das propriedades e das luzes confundido as diversas classes, a desigualdade natural, isto é, a que resulta do mérito e dos talentos desiguais, deverá triunfar sobre as instituições".

Evidentemente essa afirmação exclui os indivíduos nascidos em classes mais pobres, pois estes não teriam como desenvolver seus méritos individuais. Porém, esse aspecto não foi levado em conta por nenhuma constituição liberal burguesa, que considerava importante apenas a liberdade individual, para que cada indivíduo a exercesse como quisesse e pudesse (DALLARI, 2010, p. 213).

Como terceiro exemplar desses que foram os fatores mais pontuais nas revoluções constitucionais, bem como impulsionadores dos conceitos consagrados e guardados pelas constituições atuais, tem-se o modelo norte-americano, que, sem dúvida, revolucionou, em diversos pontos, a questão constitucional.

A constituição americana nasceu da conjugação de costumes tradicionais com ideais teóricos e objetivos práticos numa circunstância de luta pela liberdade e proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, sendo assim um marco no constitucionalismo, declarado como lei fundamental do povo (DALLARI, 2010, p. 229).

Apesar de grande avanço, engana-se quem pensa que a constituição norte-americana pode ser considerada como sinônimo de democracia, ou como expressões identificadoras de um sistema comprometido com a garantia de liberdade e igualdade para todos, sem qualquer tipo de discriminação. Nesse sentido, relata, pertinentemente, Dallari (2010, p. 245):

A esse respeito são muito esclarecedoras algumas afirmações de participantes da Convenção de Filadélfia, que, defendendo com veemência a implantação da República, afirmavam a necessidade de entregar o governo republicano a uma casta privilegiada, identificada por seu poder econômico.

Desse modo o que se dizia República era a expressão de igualdade, porém, uma igualdade entre indivíduos de certa carreira social. Ainda sobre esse entendimento restritivo de liberdades, tem-se que os sentidos republicanos democráticos são reconhecidamente explicados com algumas limitações, utilizando-se diretamente as afirmações feitas por Rousseau no seu livro *Contrato social*, que deixa claro a sua preferência pela democracia, mas ciente de que esta jamais existirá (DALLARI, 2010, p. 248).

Avançando na linha do tempo do desenvolvimento desse princípio, chega-se à Declaração Universal dos Direitos Humanos, que trata de direitos e liberdades comuns a todo ser humano. Atrelado a esse conceito, tem-se a ideia de igualdade, principalmente perante a lei. Já em seu art. 1º, essa Declaração atesta claramente que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” (ONU, 1948).

Para Martins Neto (2003, p. 8), a atuação da democracia na política deve propiciar, de forma igualitária, aos membros estatais a possibilidade de influenciar sobre as decisões e acontecimentos políticos por meio da escolha de seus representantes. Porém, com a existência de uma sociedade desigual e heterogênea, a democracia formal que deveria ser exaltada como uma das solucionadoras do problema da disparidade social transforma-se em uma espécie de ditadura da classe dominante.

O conceito de igualdade, se trabalhado em sua totalidade, detém diversos significados, bem como ramificações que gerariam uma discussão infinda, se são levadas em conta suas inúmeras interpretações trazidas pelos mais qualificados autores acerca dessa temática.

Levando-se em conta a enorme abrangência desse conceito e uma análise mais direcionada, adota-se o pensamento do filósofo John Rawls e de sua teoria de justiça, bem como diversas ramificações que provêm desta ideia central: essencialmente, teoriza-se sobre a justiça com equidade, procurando resolver o conflito pela distribuição de bens sociais entre pessoas, utilizando-se de uma aplicação teórica de justiça e igualdade aplicada em uma sociedade que, a partir de bases comuns, atingiria o sentido de igualdade entre seus membros.

2.2 Justificação filosófica da igualdade segundo John Rawls

Igualdade e justiça sempre suscitaram discussões conflitantes. Talvez a equidade seja de fato algo estranho à justiça, por mais paradoxal que isso possa parecer, pois as sanções e decisões tomadas em diversas instâncias, hodiernamente, provam isso, trazendo, ainda mais, importância ao debate sobre a igualdade e a justiça e sua aplicação de forma mais adequada, ou, no mínimo, mais ética e eficaz.

A concepção de John Rawls era compartilhada de maneira divergente, porém sob as mesmas linhas traçadas por Pitágoras, muitos anos antes, ao definir o conceito como o da reciprocidade de tratamento entre os indivíduos dentro de uma sociedade. Aristóteles, ao conceber a justiça distributiva como tratamento igual das relações, concluiu, a partir dessa ideia, que a repartição gera a injustiça (GUSMÃO, 2004, p. 86).

Para entender a teoria propriamente dita, trazida por John Rawls, deve-se ter como ideia norteadora que os princípios de justiça para a formação da estrutura básica da sociedade são objeto de um consenso original. São esses princípios que pessoas consideradas livres e racionais, preocupadas normalmente apenas em defender e viabilizar o seu próprio interesse, aceitariam, numa posição inicial de igualdade, esses princípios como patamares básicos para a definição de uma associação. A essa maneira de considerar chamar-se-á de justiça com equidade, pilar central da discussão do autor (RAWLS, 2002, p. 12).

Para a aplicação dessa teoria, esse autor sugere uma situação hipotética:

Adota-se uma posição original, entre uma das principais características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece o seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o *status* social, e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas semelhantes. Eu até presumirei que as partes não conhecem suas concepções do bem ou suas propensões psicológicas particulares. Os princípios da justiça são escolhidos sob um véu de ignorância (RAWLS, 2002, p. 13).

Diante de tal situação hipotética, consegue-se garantir que ninguém será favorecido ou desfavorecido devido a essa situação original de pressuposta ignorância. Uma vez estando em uma situação igualitária, as demandas individuais ficariam em segundo plano, dando lugar ao resultado de um consenso ou ajuste equitativo, atingindo o que se chamaria de *status quo* inicial (RAWLS, 2002, p. 13).

A pretensão de colocar todos de forma igualitária neste Estado inicial assume uma responsabilidade altíssima, pois, em alguns casos, a própria igualdade pode estar a serviço de fins injustos, como, por exemplo, a busca efetiva de êxito no sistema capitalista, que prega igualdade para todos para alcançar seus

objetivos, mas, na realidade, tende a beneficiar uns em detrimento de outros. Muitas vezes, a igualdade é fruto de inveja, que faz nascer o desejo de desfrutar, de qualquer maneira, dos benefícios dos mais privilegiados, ou mesmo exigir que esses privilegiados sejam rebaixados para a mesma situação que os menos abastados se encontram, ou seja, um sentimento de vingança (GUSMÃO, 2004, p. 87).

Não é incompatível com a justiça o tratamento especial de situações especiais, desde que sejam estendidas a todos que estiverem, porventura, sujeitos àquela mesma situação, pois o próprio desenvolvimento social depende de papéis e funções desiguais, diferentes, ou seja, cada um com o seu devido tratamento jurídico (GUSMÃO, 2004, p. 87).

Essa teoria se aproxima das afirmações do pensamento marxista, uma vez que propõe promover o equacionamento entre o político e o social, segundo o modelo de justa distribuição de riquezas. Essa justa distribuição torna-se um dos principais problemas para se alcançar uma sociedade mais justa. Dessa forma, a elaboração desses princípios adquire importância ímpar para a obtenção de sucesso desse modelo (NADER, 1999, p. 220).

Os princípios que serão desenvolvidos pelos chamados “homens racionais” expressam a consequência do fato de deixarmos de lado os aspectos do mundo social que são considerados arbitrários. A justiça com equidade consiste em duas partes: uma interpretação desta situação inicial e o conjunto de princípios que deveriam ser aceitos por todos, ou seja, por um consenso (RAWLS, 2002, p. 17).

Nesse sentido, pode-se definir que a igualdade e a liberdade de oportunidades formariam os princípios constitucionais, utilizando-se das ideias de direito natural. Cada um deles com o seu núcleo ilimitado potencial, capaz de adaptar-se ao movimento social. Esses princípios são acessíveis por meio da indução a partir da observação de condutas adotadas, comuns ao gênero humano (NADER, 1999, p. 164).

Mesmo não se aceitando o primeiro quesito e adotando-se o segundo, ou vice-versa, a situação do contrato inicial parece razoável, uma vez que coloca a sociedade em uma situação de total igualdade. Rawls (2002, p. 17) sugere que se aplique o véu da ignorância no momento das decisões ditas essenciais.

Nessa situação, que parece razoável, pois considera todos em uma posição inicial igual, isto é, todos com os mesmos direitos no processo de escolha dos citados princípios, cada indivíduo deste grupo poderia fazer suas propostas, apresentar suas razões e motivos. Essas condições, somadas à colocação do suposto véu da ignorância, acabariam por garantir que pessoas racionais e preocupadas em promover interesses consensuais aceitariam, por consequência, as condições de igualdade, nas quais nenhum deles é conscientemente favorecido (RAWLS, 2002, p. 21).

Porém, deve-se ter em mente pontos considerados indiscutíveis no debate relacionado a esses princípios básicos. Não há diferença nos julgamentos, por exemplo, da questão sobre a intolerância religiosa e a discriminação racial, o que nos leva a entender que há perguntas que estão predispostas para serem respondidas de uma determinada maneira, mas nem todas as discussões são tão facilmente resolvidas. Um exemplo de discussão em que um problema seriíssimo surgiria é da distribuição da riqueza e da autoridade dentro de uma estrutura social (RAWLS, 2002, p. 22).

Tendo sido enfatizado que a questão da posição inicial é meramente hipotética, a incorporação desta deve-se dar por premissas que, de fato, aceitamos como razoáveis. Essas restrições demonstram o que estamos dispostos a considerar como limites em relação a uma cooperação social (RAWLS, 2002, p. 24).

O conceito dos princípios de justiça expostos pelo autor divide-se em dois: igualdade e liberdade. O primeiro diz que cada pessoa deve ter direitos iguais, compatíveis com um sistema de liberdades básicas, e o segundo diz que as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo consideradas vantajosas para todos, dentro dos limites razoáveis, e vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos (RAWLS, 2002, p. 64).

Esses princípios devem obedecer a uma ordenação, utilizando-se sempre o critério de que o primeiro antecede o segundo, e nunca o contrário. Ordená-los dessa maneira significa que a violação às liberdades básicas iguais, protegidas pelo princípio número um, não pode, de maneira alguma, ser justificada nem compensada por maiores vantagens de cunho econômico ou social (RAWLS, 2002, p. 65).

Se essa ordenação fosse quebrada, criar-se-ia uma insegurança, principalmente se for analisada pelo viés marxista, o qual preconiza que a insustentabilidade do capitalismo levaria a sua total destruição, pois suas distorções acabariam por trazer o insuportável empobrecimento da massa trabalhadora. Nesse caso, o princípio que traz as questões econômicas teria sido preconizado subvertendo-se a ordem colocada como imutável para aplicação da teoria (NADER, 1999, p. 224).

O princípio de igualdade promovido pela ordem jurídica é de suma importância nesta elaboração, visto que, sem ele, não seriam efetivados os outros dois princípios, que são o da vida e o da liberdade. “A vida e a liberdade dos indivíduos não se efetivarão plenamente se a sociedade não se achar organizada sob a égide desse princípio. É preciso que o princípio não se limite ao texto da lei e obtenha efetividade na estrutura social” (NADER, 1999, p. 166).

Ainda sobre a influência desse princípio, afirma o mesmo autor:

Impõe-se, por ele, que não apenas a eliminação das discriminações; é preciso que se ofereça oportunidade a todas as pessoas, primeiramente para o seu desenvolvimento e formação e, depois, para alçar posições e projetar-se socialmente em razão de seu mérito ou capacidade (NADER, 1999, p. 166).

Esses dois princípios têm função central de aplicação, sendo que só podem ser limitados quando se chocam um com o outro, ou seja, nenhum deles é absoluto, são, sim, ajustáveis, de modo a formar um único sistema que deve ser igual para todos (RAWLS, 2002, p. 65).

Entrando na discussão do segundo princípio - a distribuição de renda e de riqueza -, o mencionado autor expressa-se da seguinte maneira:

Todos os valores sociais, liberdade e oportunidade, renda e riqueza e as bases sociais da autoestima devem ser distribuídos igualmente, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos os valores traga vantagens para todos (RAWLS, 2002, p. 66).

A sociedade se acha estruturada economicamente de uma forma injusta, preponderando os interesses do capital sobre o social, quando, na realidade, o fator social unido ao trabalho é que formam as riquezas (NADER, 1999, p. 227-228).

A injustiça, como determinada pela teoria da justiça com equidade, constitui simplesmente a desigualdade, que não beneficia a todos, pois, se esse cenário se invertesse e o benefício se distribuisse igualmente para todos, concretizar-se-ia o que a teoria propõe em relação a uma viabilização real da aplicação da justiça com equidade (RAWLS, 2002, p. 66).

Diante dessa colocação, tem-se que restringir o grupo de pessoas consideradas racionais, para que não exista uma gama muito grande de grupos, pois, quanto mais representantes de pequenas classes estiverem no campo de análise e elaboração dos princípios, pior será para definir as estruturas básicas desta teoria (RAWLS, 2002, p. 101).

Na aplicação dos princípios de justiça, nessa estrutura social básica, toma-se um grupo representativo de indivíduos e considera-se sua visão social, a fim de determinar as bases gerais de um ponto de vista adequado com um limite a esse grupo (RAWLS, 2002, p. 101).

Não podemos ter uma teoria coerente e administrável, se levarmos em consideração essa multiplicidade de posições. É impossível avaliar tantas reivindicações concorrentes. Portanto, precisamos identificar certas proposições como mais básicas que as outras e capazes de fornecer um ponto de vista apropriado para o julgamento do sistema social. Assim, a escolha dessas posições torna-se parte da teoria da justiça (RAWLS, 2002, p. 101).

Desse modo, as posições sociais consideradas relevantes são, dessa maneira, os lugares iniciais e gerais de grupos adequados. Ao escolher tais posições como o ponto de vista geral, segue-se a ideia da mitigação de ambos os princípios em relação à arbitrariedade do acaso natural e da boa sorte social (RAWLS, 2002, p. 102).

Determinadas devidamente essas posições para definir as regras gerais e básicas, precisa-se instituir a definição, bem como o desenrolar do significado de equidade, que segue o conceito de justiça abordado por essa teoria.

Esse princípio afirma que uma pessoa deve fazer a sua parte conforme as regras de uma instituição. Nesse caso, duas condições são observadas: a primeira, que a instituição seja justa (ou equitativa), isto é, que ela satisfaça os dois princípios da justiça; e a segunda, que a pessoa tenha voluntariamente aceitado os benefícios da organização ou tenha aproveitado a vantagem das oportunidades que essa instituição oferece para que essa pessoa possa promover seus interesses próprios (RAWLS, 2002, p. 119).

Utilizando-se o conceito puro de justiça como equidade, tem-se que este é um dever natural e fundamental. Esse dever exige nosso apoio e obediência às instituições, pois estas regerão as regras sociais postas. Assim, se a estrutura básica da sociedade é justa, espera-se que esta seja realizada dentro de determinadas circunstâncias, pois todos devem exercer a sua parte no esquema definido (RAWLS, 2002, p. 123).

2.3 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

A expressão “direito do homem”, que é certamente enfática, remete a direitos históricos obtidos gradualmente através de lutas que o homem trava por sua própria emancipação contra suas condições de vida. Não se pode considerar a Declaração Universal dos Direitos Humanos nem suas predecessoras como definitivas, pois são apenas passos iniciais em um longo processo cuja realização final ainda não se vê. A

Declaração é mais que um sistema doutrinário, mas menos do que um sistema seco de normas jurídicas, é algo a ser constantemente perseguido e desenvolvido (BOBBIO, 2004, p. 30).

O primeiro marco histórico da Declaração teve seu início com a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, tido como um expressivo golpe recebido pelo antigo regime absolutista da França. Esse documento relacionava princípios que norteariam o texto constitucional da nova França contagiada por ideais revolucionários e ideias progressistas e dava o pontapé inicial a uma nova era de desenvolvimento pleno de direitos que há tanto tempo foram oprimidos por um sistema político centralizador, mas que demoraria muito para se desenvolver plenamente.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi aprovada pela Assembleia Nacional em 26 de agosto de 1789, em Paris. Segundo assinalam historiadores da época, 1789 representou o fim de uma época e o início de uma nova era, foi uma reviravolta histórica para o gênero humano, que até então vivia sob a égide do absolutismo, forma de governo que não só excluía a participação ou qualquer percepção de governabilidade pelo povo, mas também anulava o desenvolvimento de um pensamento crítico, igualdade de tratamento e fomento de conhecimento (BOBBIO, 2004, p. 79).

Os homens nascem livres e iguais em direito, e a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais imprescindíveis do homem. Quais são esses direitos? São quatro: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (TRINDADE, 2002, p. 53).

O seu núcleo doutrinário está contido nos três primeiros artigos que discorrem sobre a formação da sociedade civil, a finalidade da sociedade política e o princípio de legitimidade do poder que cabe à nação. Dentro desses grandes tópicos, estavam explícitas as diretrizes de igualdade, liberdade e fraternidade, tão consagradas historicamente como ideais dos revolucionários franceses (BOBBIO, 2004, p. 87).

Após esse acontecimento emblemático, seguiu-se uma série de transformações que desencadearam a evolução natural dos direitos sociais e, paralelamente, dos direitos humanos. Pode-se tomar como exemplo a revolução industrial e suas ramificações, a revolução americana e o consagrado *bill of rights*, e a Comuna de Paris de 1871, dentre tantos outros acontecimentos (TRINDADE, 2002, p. 91).

Não há de se negar que a maneira como os direitos humanos foram desenvolvidos nesses diferentes contextos históricos é bem particular de cada época envolvida, tendo em vista a peculiar situação política e social de cada momento determinado, o que exigia um diferente tratamento de cada norma e sua devida colocação e interpretação no ordenamento em diferentes fases.

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história demonstra. O elenco de direitos se modificou e continuará a se modificar de acordo com mudanças das condições históricas. Direitos que já foram considerados absolutos em outras oportunidades sofreram severas limitações nas declarações mais modernas, e estas continuaram a se transformar de acordo com o passar do tempo (BOBBIO, 2004, p. 18).

Hoje, por exemplo, o direito à vida assume uma importância bem diferente em sua compreensão e extensão do que anos atrás. Não se deve esquecer de que o direito à vida e à liberdade já constava da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e também da Convenção Europeia de 1950, as quais serão analisadas em seguida, ambos os documentos defendem a vida do ponto de vista contrário ao homicídio internacional, ou seja, à proteção à vida em sua forma mais plena, e não na forma extensa, que se dá nas declarações, convenções e constituições contemporâneas, que não só protegem a forma literal da vida, como também sua dignidade e fatores que a tornem melhor e mais proveitosa para o indivíduo (BOBBIO, 2004, p. 208).

Os direitos do homem, apesar de terem sido considerados como naturais desde o início, não foram concebidos todos de uma vez, vide o caso da extensão dos direitos políticos, que durante séculos foi restringido aos homens ricos e brancos e considerado não natural a mulheres, negros e pobres, o que hoje é considerado um absurdo (BOBBIO, 2004, p. 209).

A concepção contemporânea dos direitos humanos com pretensões universais, literalmente falando, foi inaugurada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, elaborada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que tinha como pano de fundo o fim da Segunda Guerra Mundial. Composta por trinta artigos que estabelecem direitos aos seres humanos, os quais os Estados Nacionais deveriam com eles se comprometer e protegê-los (BARUFFI, 2009, p. 34).

Tal Declaração objetivava delinear uma ordem pública mundial fundada principalmente no respeito à dignidade da pessoa humana, consagrando valores básicos universais. Desde o preâmbulo, esta afirma que a dignidade inerente a toda pessoa humana é inalienável. A universalidade dos direitos traduz a ruptura com o legado nazista deixado pela Segunda Guerra Mundial. A dignidade humana, adotada pela Declaração, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos que passaram a integrar o direito internacional dos direitos humanos (PIOVESAN, 2006, p. 131).

Depois de proclamada, a Declaração Universal dos Direitos Humanos desdobrou-se nos pactos internacionais dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais, ambos de 1966, e deu origem a uma série de tratados, como as convenções pela eliminação de todas as formas de

discriminação racial (1966) e de discriminação contra as mulheres (1979), contra a tortura e outros tratamentos ou punições cruéis e degradantes (1984). Além disso, houve avanços na efetivação dos direitos da criança (1989) e das pessoas com deficiência (2006), entre outros. Documentos em relação aos quais os Estados signatários se obrigam a desenvolver políticas públicas para implementar suas resoluções e prestar contas periodicamente sobre os objetivos perseguidos (BRASIL, 2010, p. 12).

Todas essas convenções são decorrentes da própria Declaração de 1948 e configuram o que se chama de núcleo jurídico principal dos direitos humanos nas Nações Unidas, as quais, em outras palavras, criam os regimes internacionais de proteção à pessoa humana quando acionados, capazes de influenciar e modificar a visão de povos e governos a respeito do tema que será discutido e em seu processo decisório (BARUFFI, 2009, p. 53).

A Declaração, adotada como um ideal comum que deveria ser alcançado por todos os povos e nações, objetiva que os indivíduos da sociedade se esforcem para desenvolver o respeito a esses direitos e promover de maneira progressiva, sob o prisma nacional ou internacional, o seu reconhecimento e respectiva aplicação (MERCADANTE; MAGALHÃES, 2005, p. 351).

O fundamento da concepção moderna dos direitos humanos consiste em colocar que ao governo cabe respeitá-los, limitando os poderes do Estado, restringindo a sua atuação e obrigando-o a respeitar a dignidade humana, mesmo que isso acarrete contrariedade aos interesses governamentais (FLEINER, 2003, p. 28).

O documento dependia diretamente desse tratamento universal que era considerado como limitado, uma vez que a aceitação de todas as nações se mostrava como um entrave para a solidificação normativa a esse documento. Esse universalismo foi uma lenta conquista, pois é resultado de ideias filosóficas que devem ser acolhidas por um legislador, ou seja, passar da teoria para a prática e, em seguida, estar nutridas de afirmação universal e positiva. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, em direitos do homem (BOBBIO, 2004, p. 29).

A concepção universalista dos direitos humanos sofreu e sofre forte resistência dos adeptos do relativismo cultural que se digladiam acerca do alcance das normas de direitos humanos. Para estes, a noção de direito conecta-se diretamente com o sistema político, econômico, cultural, social e moral de determinada sociedade, o que impossibilita a universalização, pois esta se choca com as individualidades culturais locais. Todavia, segundo essa Declaração, seus preceitos são tão gerais e básicos que não há de se negar que sejam universalistas, uma vez que buscam assegurar a proteção universal dos direitos fundamentais e deixa claro que nenhuma concessão é feita às peculiaridades culturais se estas violarem direitos humanos fundamentais (PIOVESAN, 2006, p. 144).

Esses direitos devem, ainda, estar protegidos sob a égide de um sistema judiciário forte, composto por tribunais independentes, a fim de não se “sujar ao relento” de associações políticas ou posicionamentos parciais. Os juízes devem ter a possibilidade de tomar medidas restritivas, mesmo contra o próprio Chefe de Estado, quando este desrespeitar os direitos supracitados, pois o direito somente é direito quando um juiz pode fixar seu conteúdo, sua extensão e seus limites, bem como tomar as decisões necessárias para sua imposição (FLEINER, 2003, p. 28).

Esses direitos não bastam estar em vigor e serem executados pela instituição estatal, eles devem ser racionalmente justificados, para, desse modo, terem uma validade universal, ou seja, válidos e exigíveis em qualquer lugar e a qualquer tempo. Os direitos humanos encontram hoje seu lugar na doutrina do direito. Porém, antes de qualquer coisa, necessitam de um quadro jurídico normativo para solidificá-los, e não serem confundidos com princípios éticos abstratos (BARUFFI, 2009, p. 38).

Depois da Declaração de 1948, pode-se dizer que a proteção dos direitos derivados da dignidade humana passou a ter ao mesmo tempo eficácia jurídica e valor universal, diferentemente de outrora. O indivíduo, por sua vez, de sujeito de direito do Estado nacional passou a ser também sujeito de uma comunidade internacional. (BARUFFI, 2009, p. 37).

A princípio, a enorme importância deste tema depende do fato de estar ligado a dois problemas fundamentais da contemporaneidade: a democracia e a paz. O reconhecimento e a proteção desses direitos são características unânimes nas constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a sua proteção em cada Estado e no sistema internacional (BOBBIO, 2004, p. 203).

Retrocessos conjunturais e localizados à parte, a história tem mostrado, pelo menos em um panorama geral, que o desenvolvimento moral das sociedades nacionais em direção à universalização dos direitos é tendencialmente irreversível, não pela existência de força superior ou pelo áureo destino da humanidade, mas pelo fato de que, exceto em face de perda de direitos civis e políticos, aos sujeitos de direito não ocorre abrir mão da titularidade de seus direitos, uma vez tendo tomado consciência destes (BRASIL, 2010, p. 14).

2.4 A Convenção Interamericana de Direitos Humanos 1969

O sistema global de proteção aos direitos humanos gerou esforços dignos de comemoração, porém as peculiaridades de cada região do globo exigia uma redução para esfera regional e mais específica da realidade sociopolítica e cultural dessas regiões. Então os Estados Americanos, exercendo sua soberania, adotaram uma série de instrumentos internacionais, a fim de construir um sistema interamericano de direitos humanos, algo que se aproximasse mais dos Estados-membros e tivesse como objetivo a promoção e proteção dos direitos humanos.

O processo de criação da citada Convenção e de futuras declarações, envolveu não apenas o aumento dos bens merecedores de tutela, mediante a ampliação dos direitos, como também estendeu a titularidade de direitos, pois atinge o indivíduo, grupos vulneráveis e a própria humanidade como um todo (PIOVESAN, 1997, p. 201).

No continente americano, a realidade se diferia demais da realidade encontrada na Europa. O continente convivia com dois extremos: ao norte, a América Anglo-Saxônica, composta pelos Estados Unidos da América e Canadá, ambos os países integrantes do primeiro mundo e membros da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), enquanto, ao sul, os países da América Latina, que compunham o segundo e terceiro mundo, alguns sofrendo com regimes totalitários e à margem do desenvolvimento desejado. Como resultado dessa descompassada evolução, fora a criação tardia, de um organismo capaz de reger as relações sobre direitos humanos no continente.

A análise do sistema interamericano de proteções dos direitos humanos demanda um conhecimento histórico das peculiaridades da região a ser estudada. Deve-se levar em conta a situação da desigualdade presente na região, a consolidação da democracia na sua história e se, de alguma forma, ainda restam resquícios de regimes autoritários que possam interferir no pleno desenvolvimento dos almejados objetivos da Convenção (SCHAFER, 2007, p. 54).

O instrumento de maior importância foi a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 1969, e que entrou em vigor, no plano internacional, em 1978. O Brasil, por sua vez, ratificou o documento em 1992. Essa Convenção veio para reconhecer e assegurar um rol de direitos civis e políticos, tais como o direito à vida, de não ser submetido à escravidão, à liberdade, a um julgamento justo, entre outros (SCHAFER, 2007, p. 58).

A Convenção reproduz a maior parte das disposições de direitos constantes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966. No que diz respeito aos órgãos competentes para supervisão e cumprimento do disposto nessa Convenção, esta se aproxima um pouco mais do modelo adotado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 (COMPARATO, 2010, p. 379).

É importante repetir e destacar os direitos à personalidade jurídica, à vida, de não ser submetido à escravidão, à liberdade, a um julgamento justo, entre outros (PIOVESAN, 2006, p. 227).

A Convenção Americana, 1969, (Pacto de San José da Costa Rica), preconiza, em seu preâmbulo, o dever dos Estados-membros:

Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais;
Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;
Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional;
Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e
Considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre os direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria;
Convieram no seguinte: [...].

As questões mais importantes a se diferenciar do texto global seriam as de cunho regional, social e cultural, as quais buscam assegurar melhores condições de vida à população, bem como um Estado socialmente responsável.

A Convenção Americana não enuncia, de forma específica, qualquer tipo de direito social, cultural ou econômico, limitando-se a determinar aos Estados que busquem alcançar, progressivamente, a plena realização desses direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e de outras medidas que se mostrem apropriadas [...] (SCHAFER, 2007, p. 59).

Diante disso, fica claro nessa Convenção que seu principal objetivo é a proteção dos direitos humanos na América. Para tanto, cabe à Comissão fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, indicando a doção de medidas adequadas à proteção desses direitos (PIOVESAN, 2006, p. 231).

De qualquer modo, o Pacto de San José da Costa Rica possui eficácia em todo o território nacional, como norma supralegal, pela forma em que foi ratificado no Brasil. Segundo orientação dada pelo STF nos julgamentos do HC 87.585/TO, do RE 349.703/RS e do RE 466.343/SP, todos realizados em 3 de dezembro de 2008, adotou-se o entendimento de que os Tratados e as Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, aos quais a República Federativa do Brasil aderiu, têm *status* de norma supralegal.

Referências

BARUFFI, Helder (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos 20 anos da Constituição Federal*. Dourados/MS: UFGD, 2009.

BOBBIO, Norberto [1909]. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. reimpr. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto [1909]. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 7. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FLEINER, Thomas. *O que são direitos humanos?*. São Paulo: Max Limond, 2003.

FRANÇA. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*. Assembleia Nacional, 1789.

LEONETTI, Carlos Araújo. *O imposto sobre a renda como instrumento de justiça social no Brasil*. Barueri: Manole, 2003.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: Conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo, Malheiros: 2010.

MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de. *Reflexões sobre os 60 anos da ONU*. Porto Alegre/RS: Unijuí, 2005.

ONU. Organização das Nações Unidas. Declaração dos Direitos Humanos.1948. Disponível em: <www.onu.org.br>. Acesso em: dez. 2017.

PEGORARO, Olinto A. *Ética e justiça*. São Paulo: Vozes, 1997.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAWLS, John. [1921-2002]. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e de Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SCHAFER, Jairo. *Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Conceito, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2002.