

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO PARÁ – CESUPA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E
DESENVOLVIMENTO REGIONAL - PPGD

SHIRLEY DA COSTA PINHEIRO

**PODER JUDICIÁRIO TRABALHISTA COMO UMA EXIGÊNCIA DE JUSTIÇA
SOCIAL À LUZ DA TEORIA DE JOHN RAWLS: UMA ABORDAGEM A PARTIR
DA REALIDADE BRASILEIRA**

BELÉM – PA

2020

SHIRLEY DA COSTA PINHEIRO

**PODER JUDICIÁRIO TRABALHISTA COMO UMA EXIGÊNCIA DE JUSTIÇA
SOCIAL À LUZ DA TEORIA DE JOHN RAWLS: UMA ABORDAGEM A PARTIR
DA REALIDADE BRASILEIRA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), do Centro Universitário do Pará (CESUPA)

Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional

Linha de Pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos

Orientador: Prof. Dr. Jean Carlos Dias

BELÉM – PA

2020

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
Biblioteca do Cesupa, Belém – PA

Pinheiro, Shirley da Costa.

Poder judiciário trabalhista como uma exigência de justiça social à luz da teoria de John Rawls : uma abordagem a partir da realidade brasileira / Shirley da Costa Pinheiro; orientador Jean Carlos Dias. – 2020.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário do Estado do Pará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2020.

1. Justiça social. 2. Igualdade de direitos. 3. Poder judiciário trabalhista. I. Dias, Jean Carlos. *orient.* II. Título.

CDD 341.27

Nome: Shirley da Costa Pinheiro

Título: Poder judiciário trabalhista como uma exigência de justiça social à luz da teoria de John

Rawls: uma abordagem a partir da realidade brasileira

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional. Linha de Pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

Aprovado em: 06/07/2020

Banca Examinadora

Prof. Dr. Jean Carlos Dias

Examinador Orientador – Centro Universitário do Pará (CESUPA)

Profª. Dra. Suzy Elizabeth Cavalcante Koury

Examinadora interna - Centro Universitário do Pará (CESUPA)

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Examinador externo - Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC)

DEDICATÓRIA

Dedico esta pesquisa a todos que têm consciência da importância da liberdade e primam para que esse direito se mantenha sempre presente na sociedade em que vivemos, mas que sabem que somente é possível ser exercida, em seu sentido mais completo, quando possuímos recursos materiais básicos.

Dedico, ainda, a todos os trabalhadores brasileiros, independente da consciência acima, uma vez serem eles, também, a inspiração para o surgimento do tema de pesquisa.

Em âmbito restrito, dedico ao meu pai, *in memoriam*, Antonio Pinheiro e a minha mãe, Marlene Pinheiro, pois foram os que deram os primeiros ensinamentos para eu enxergar que a liberdade é um bem precioso e a necessidade de condições materiais para exercê-la, como também, que somente pelo conhecimento podemos entender o sentido e o alcance da liberdade e desenvolver senso de justiça, em consonância com a filosofia de John Rawls, examinada nesta pesquisa.

Dedico, também, as minhas irmãs para que possa servir de estímulo à busca do conhecimento, a sempre perseguirem usufruir das liberdades básicas e a lutarem por uma sociedade mais justa, no sentido rawlsiano.

Em especial, dedico ao meu filho Áleff e à minha sobrinha Gabriela, para que, na fase adulta, possam ter liberdade para escolher a vida que quiserem viver, incluindo a profissão e a atividade laboral que pretendam exercer; que seja um incentivo, também, para priorizarem sempre o conhecimento à ignorância e a justiça social às desigualdades.

AGREDECIMENTOS

Agradeço a Deus, pois sem Ele nada seria possível.

Sou grata a meu pai, *in memoriam*, Antônio B. M. Pinheiro, pois sempre demonstrou, seja pela sua busca constante de conhecimentos, seja por meio das palavras, a importância da educação; bem como mostrou que o conhecimento que se adquire pelos estudos engrandece e tem a capacidade de transformar o mundo, incentivando-me aos estudos que me trouxeram até aqui.

Agradeço a todos os meus familiares, especialmente a minha mãe Marlene, minhas irmãs Selma e Surama, minha sobrinha Gabriela, meu cunhado Gladson e ao primo Claudio, este *in memoriam*, que partiu durante o curso, pelo apoio e incentivo que deram aos meus estudos.

Um agradecimento mais que especial direciono ao meu filho Áleff, que foi capaz de compreender o tempo que precisei me ausentar do convívio familiar para me dedicar ao Mestrado e a esta pesquisa, como também, por ter participado ativamente deste trabalho, tanto por meio de sábias palavras de incentivo quanto por meio de opiniões sobre o tema desenvolvido, que foram de primordial importância.

Agradeço, imensamente, ao meu orientador, professor Dr. Jean Carlos Dias, que concedeu liberdade no desenvolvimento deste trabalho, mas que com sua sapiência, foi imprescindível para a delimitação, o direcionamento e a concretização da pesquisa. Ademais, sua orientação decorreu, também, por meio do conhecimento que transmitiu nas aulas de Pensamento Jurídico Contemporâneo, nos encontros que dirigiu no Grupo de Pesquisa de Análise Econômica do Direito e no estágio docente da Disciplina de Direito Processual Civil, o qual tive oportunidade de frequentar.

Agradeço ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do Centro Universitário do Pará (CESUPA) e à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), que proporcionaram a existência do curso que ora encerro, extensivo a todos os funcionários que fazem parte dessas instituições.

Nesta esteira, agradeço todos os professores do CESUPA que tive oportunidade de ser aluna, cujos ensinamentos são indeclináveis e contribuíram para o meu aprendizado e para o desenvolvimento e finalização da presente dissertação.

Os meus agradecimentos se estendem aos alunos do Mestrado, que tive oportunidade de conhecer e ser colega de turma e de disciplinas ao longo dessa jornada de estudos, em especial

aos colegas magistrados do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (TRT8) que, junto comigo, ingressaram nesta aventura de aprendizado chamado Mestrado e foram de suma importância para a continuidade do curso, em meio a tantas dificuldades que tivemos na conciliação com as nossas atividades jurisdicionais.

Agradeço, também, ao TRT8 e a Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (EJUD8), que me deram a oportunidade de cursar o Mestrado no CESUPA, mediante o convênio que mantiveram para esse fim, com a concessão de auxílio-bolsa de estudos.

Enfim, minha gratidão a todos aqueles que, direta e indiretamente, contribuíram para a realização e encerramento de mais esta etapa de estudos em minha vida.

“A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Por mais elegante e econômica que seja, deve-se rejeitar ou retificar a teoria que não seja verdadeira; da mesma maneira que as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas.” (RAWLS, 2016, p. 4).

RESUMO

A teoria da justiça como equidade, de John Rawls, procura conciliar uma teoria da justiça social com um modelo institucional. Com base neste filósofo e diante das conjecturas em torno do papel e da importância do Poder Judiciário Trabalhista no Brasil, a presente pesquisa busca analisar se este ramo do Judiciário constitui uma instituição necessária na estrutura básica da sociedade brasileira para a realização da justiça social, nos moldes da teoria rawlsiana. Portanto, o problema de pesquisa consiste em investigar se o Poder Judiciário Trabalhista constitui uma exigência da justiça social diante da realidade brasileira, nos termos da teoria de justiça equitativa de John Rawls. Para tanto, o trabalho faz uso da pesquisa bibliográfica e documental, mediante abordagem qualitativa e método dedutivo. Examina-se, em primeiro, a teoria propriamente dita de Rawls, investigando-se se está dissociada da metafísica e se pode ser aplicada em sociedades reais. Na sequência, focaliza-se na estrutura básica da teoria, com a investigação se o Poder Judiciário faz parte das instituições básicas da teoria ideal e se Rawls elaborou um desenho institucional, nesta estrutura basal, como um ideal de justiça social. Faz-se, em seguida, uma avaliação do cenário jurídico, nacional e internacional, em que o Poder Judiciário Trabalhista está inserido, com exame da sua estrutura atual e das condições de sua instalação. Na última parte da pesquisa, contextualiza-se o Poder Judiciário Trabalhista como uma instituição básica da sociedade brasileira, transportando a teoria ideal de Rawls para a realidade brasileira. Por fim, chega-se à conclusão que o Poder Judiciário Trabalhista, com seus julgamentos, constitui uma importante instituição para a realização da justiça social, diante da realidade brasileira, nos termos da teoria de justiça como equidade, de John Rawls.

Palavras-chave: Equidade. Estrutura básica. Justiça social. Instituições. Poder Judiciário Trabalhista.

ABSTRACT

John Rawls' theory of justice as equity seeks to reconcile a theory of social justice with an institutional model. Based on this philosopher and given the conjectures surrounding the role and importance of the Labor Judiciary Power in Brazil, this research seeks to analyze whether this branch of the Judiciary constitutes a necessary institution in the basic structure of Brazilian society for the realization of social justice, in models of Rawlsian theory. Therefore, the research problem consists of investigating whether the Labor Judiciary Power constitutes a requirement of social justice before the Brazilian reality, in terms of John Rawls' theory of fair justice. For this, the work makes use of bibliographic and documentary research, through a qualitative approach and deductive method. First, Rawls' theory itself is examined, investigating whether it is dissociated from metaphysics and whether it can be applied in real societies. In the sequence, it focuses on the basic structure of the theory, with the investigation if the Judiciary is part of the basic institutions of the ideal theory and if Rawls elaborated an institutional design, in this basal structure, as an ideal of social justice. Then, an assessment is made of the legal scenario, national and international, in which the Labor Judiciary is inserted, with an examination of its current structure and the conditions of its installation. In the last part of the research, the Labor Judiciary Power is contextualized as a basic institution of Brazilian society, transporting Rawls' ideal theory to the Brazilian reality. Finally, it is concluded that the Labor Judiciary, with its judgments, constitutes an important institution for the realization of social justice, in face of the Brazilian reality, in terms of John Rawls' theory of justice as equity.

Keywords: Equity. Basic structure. Social justice. Institutions. Labor Judiciary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS	17
1.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA.....	18
1.2 APLICABILIDADE DA TEORIA	38
2 ESTRUTURA BÁSICA DE RAWLS	53
2.1 AS INSTITUIÇÕES DA ESTRUTURA BÁSICA.....	56
2.2 O PODER JUDICIÁRIO COMO INSTITUIÇÃO	74
3 CENÁRIO JURÍDICO	82
3.1 DIREITO INTERNACIONAL	82
3.2 SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	91
3.3 O PODER JUDICIÁRIO TRABALHISTA.....	97
3.4 FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS	102
4 JUDICIÁRIO TRABALHISTA COMO EXIGÊNCIA DA JUSTIÇA SOCIAL	112
4.1 CONTEXTUALIZANDO O PODER JUDICIÁRIO TRABALHISTA COMO INSTITUIÇÃO BÁSICA	112
CONCLUSÃO	136
REFERÊNCIAS	152

INTRODUÇÃO

A busca por uma sociedade mais justa, com oferta decente de direitos básicos aos indivíduos, de modo que cada um possa viver bem a sua vida, é o mínimo desejado por qualquer ser humano em pleno exercício de suas capacidades morais. Nesse sentido, mesmo com controvérsias sobre o que se pode considerar justo ou injusto e sobre o significado de se viver bem, as liberdades políticas e civis iguais para todos, além da redução das desigualdades sociais e econômicas, são sempre enaltecidas como ideais de justiça, pela maioria dos Estados democráticos.

Essas preocupações transcendem o âmbito interno dos países e se tornam mundiais em face do fenômeno da globalização, conforme sinalizam as principais declarações e pactos internacionais a esse respeito, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, emitida pela Organização das Nações Unidas (ONU); e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, assim como o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, aprovados pela Assembleia Geral da ONU, os quais enfatizam a liberdade do homem assim como a redução de desigualdades sociais e econômicas, em prol de um crescimento e de um desenvolvimento econômico das nações, visando a justiça social. No caso do Brasil, almeja-se, também, um ideal de justiça social, com a redução das desigualdades econômicas e sociais, além da garantia de liberdades iguais a todos os brasileiros, como versa a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Contudo, devido não só à existência de interesses sociais e econômicos diferentes e mesmo divergentes entre as pessoas, decorrentes do pluralismo, como também à inexistência de um consenso entre teóricos, filósofos, economistas, sociólogos, governantes e população em geral, como podem ser realizados esses ideais de democracia e de justiça social, vários regimes de governo surgiram no mundo – com sistemas políticos, econômicos e sociais bem diferentes, como o capitalismo do *laissez-faire*¹, o capitalismo do bem-estar social, o socialismo com economia centralizada e o socialismo liberal –, mas não conseguiram solucionar o impasse.

A partir dessas inquietudes, John Rawls, filósofo americano, desenvolveu, no século XX, uma teoria que tem uma concepção política, e não geral, de justiça, com visão igualitária, mas que prioriza as liberdades iguais dos cidadãos, para um Estado Democrático e Constitucional. Portanto, busca resolver o conflito entre liberdade e igualdade, desenvolvendo

¹ Termo de origem francesa que simboliza o liberalismo econômico em sua versão mais pura de capitalismo, onde o mercado deve funcionar sem interferência, sendo que os problemas eram solucionados naturalmente, por meio de uma mão invisível.

uma justificativa para a ordem de prioridade e o peso relativo desses direitos, visando a realização da justiça social (RAWLS, 2019).

Em sua teoria, denominada de justiça como equidade, considera de suma importância a existência de um sistema público de normas legítimas e justas, que fazem parte do que denomina de instituições, sendo que a forma como as principais instituições políticas e sociais são desenhadas e arquitetadas formam a estrutura básica da sociedade, que corresponde ao contexto social de fundo, dentro do qual as atividades dos particulares (associações e indivíduos) ocorrem e sua teoria da justiça é aplicada (RAWLS, 2003).

Diante desse contexto, a presente dissertação tem como tema-problema analisar o Poder Judiciário Trabalhista do Brasil - ramo autônomo do Poder Judiciário brasileiro e especializado no julgamento de conflitos trabalhistas - e o seu possível enquadramento como uma instituição necessária, na estrutura básica da sociedade brasileira, para a realização da justiça social, nos moldes da teoria de Rawls. A partir desta temática, o título escolhido corresponde: Poder Judiciário Trabalhista como uma exigência de justiça social à luz da teoria de John Rawls: uma abordagem a partir da realidade brasileira.

Em derradeiro, o problema de pesquisa a ser investigado é elaborado da seguinte forma: o Poder Judiciário Trabalhista constitui uma exigência da justiça social para a realidade brasileira, nos moldes da teoria da justiça de John Rawls?

A utilização de John Rawls, como referencial teórico da pesquisa, decorre do fato dele ter desenvolvido uma teoria ideal de justiça social, que pode ser considerada plausível e exequível para uma sociedade pluralista que visa à concretização dos ideais democráticos de liberdades iguais, como sinaliza ser a sociedade brasileira. Além disso, este filósofo foi capaz de teorizar uma solução para equacionar a questão das desigualdades sociais e econômicas, por meio de uma visão igualitária, que prescinde do nivelamento social e econômico de todos os cidadãos de uma sociedade.

A teoria tem início por um acordo na posição original² que especifique os termos justos para uma sociedade democrática, motivo pelo qual é denominada justiça como equidade, tendo em vista que qualquer acordo nestas condições é equitativo (RAWLS, 2003). Nesse sentido, visa o atingimento da justiça social, motivo pelo qual o título emprega a expressão social e não equitativa, um vez que, para Rawls, justiça social reside nos seres humanos terem acesso aos direitos humanos básicos ou bens primários sociais básicos³, para que possam ter uma vida

² Expressão utilizada pelo filósofo na teoria, no sentido de demonstrar que as partes estão em situação de liberdades iguais, no momento da escolha dos princípios da justiça que compõem o conteúdo da concepção de justiça.

³ Termo utilizado por Rawls que pode ser explicado, neste momento introdutório, como os meios para a realização

digna e com capacidade de perseguirem seus propósitos de vida.

Sendo assim, a teoria rawlsiana será empregada para sustentar, como um ideal de justiça social, a necessidade de um certo aparato institucional dentro da estrutura básica de um Estado Constitucional Democrático. Neste sentido, a pesquisa utilizará Rawls para analisar o Poder Judiciário sobre esse viés, sendo que em relação à sociedade brasileira, o Poder Judiciário Trabalhista.

A relevância da questão apresentada é sustentada pela sua importância teórica, acadêmica, social e política.

Teórica porque serão examinadas as ideias do filósofo John Rawls, que conseguiu apresentar uma proposta bastante convincente para uma sociedade mais equânime na contemporaneidade. Além disso, busca-se testar sua teoria na prática, dentro do cenário brasileiro, revelando a significância da pesquisa.

Acadêmica, não somente pela sua conformidade com a linha de pesquisa e a área de concentração do Mestrado em curso, como também, pelo fato da dissertação analisar o Poder Judiciário Trabalhista como um ideal de justiça social, em um momento de ataques a esta Justiça, detentora do poder jurisdicional trabalhista no país. Neste sentido, há um incentivo, incrementado por uma nova legislação trabalhista em vigor, denominada de ‘Reforma Trabalhista’⁴, a uma maior flexibilização de direitos trabalhistas e, na hipótese de conflitos, a utilização de meios alternativos à atividade jurisdicional, como a mediação e a arbitragem. Além disso, surgem movimentos pela redução do seu poder e, até mesmo, pela sua extinção como órgão autônomo do Poder Judiciário brasileiro.

Salienta-se, inclusive, que já houve, efetivamente, proposta de Emenda à Constituição Federal Brasileira de 1988, no ano de 2019, apresentada pelo deputado federal Paulo Eduardo Martins⁵, no sentido de extinção do Poder Judiciário Trabalhista autônomo, porém desistiu do seu prosseguimento. O atual Chefe do Poder Executivo do Brasil, eleito no ano de 2018⁶,

do plano de vida das pessoas.

⁴ Lei 13.467/2017.

⁵ O Deputado apresentou a proposta, mas desistiu do seu prosseguimento. Essas informações foram amplamente divulgadas nas redes sociais. Disponível em: <https://www.sintrajufe.org.br/ultimas-noticias-detalle/16778/alegando-repercussao-negativa-deputado-desiste-de-proposta-de-unificacao-de-jt-e-mpt-com-jf-e-mpfs>. Acesso em: 29 out. 2019. A íntegra da proposta de Emenda pode ser obtida na página da Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/deputado-apresenta-pec-acabar-justica.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

⁶ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=tv6m116H9tE>. Acesso em: 12 nov. 2019. A partir de 9’35” na entrevista é falado sobre direitos trabalhistas e em 12’18” o Presidente fala em discutir o fim da Justiça do Trabalho.

também fez pronunciamento pela extinção da Justiça do Trabalho como órgão autônomo do Poder Judiciário brasileiro.

Nestes termos, considerando as conjecturas em torno do Poder Judiciário Trabalhista, é imprescindível uma análise mais aprofundada da importância dessa Justiça Especializada no Brasil, como um ideal de justiça social, utilizando-se a teoria da justiça de John Rawls para analisar se pode ser enquadrada como uma instituição básica e, assim, as resoluções dos conflitos trabalhistas exigirem uma solução jurisdicional. Logo, demonstra-se a magnitude acadêmica do tema pesquisado, seja pelos seus aspectos inovadores, seja pela ausência de estudos científicos sobre a importância da Justiça do Trabalho no Brasil, nos moldes do presente trabalho, existindo apenas teorias baseadas em evidências informais, desvinculadas de neutralidade axiológica, a favor do seu aniquilamento.

A relevância social decorre, não só pelo fato da sociedade como um todo e da academia poderem ter acesso à presente pesquisa e seu resultado, mas também por analisar importantes questões sociais de fundo, como as relações trabalhistas e a realização da justiça social.

Por fim, a pertinência política, estritamente vinculada à social, tendo em vista que, em uma sociedade democrática como o Brasil, compete ao poder político – considerando-se não somente os representantes eleitos, mas os indivíduos, como corpo político coletivo – a melhor decisão pela forma como as instituições políticas e sociais são estruturadas. Neste diapasão, a pesquisa fomenta e contribui para o debate e para a tomada das decisões políticas acerca do Poder Judiciário especializado em julgar lides decorrentes da relação de trabalho.

Diante do problema de pesquisa apresentado e justificado, a dissertação tem como objetivo geral analisar se o Poder Judiciário Trabalhista constitui uma exigência da justiça social para a realidade brasileira, nos moldes da teoria da justiça de John Rawls.

Com base nesta pretensão geral, o trabalho possui os seguintes objetivos específicos: 1) examinar as principais ideias e enunciados da teoria da justiça desenvolvida por John Rawls; 2) investigar se a teoria da justiça desenvolvida por John Rawls é factível; 3) investigar se a solução jurisdicional dos conflitos (Poder Judiciário) constitui uma instituição integrante da estrutura básica da sociedade ideal e se um certo arcabouço institucional é necessário como um ideal de justiça social; 4) avaliar como o Poder Judiciário Trabalhista está estruturado e como se apresenta no sistema jurídico brasileiro e diante do cenário jurídico internacional; 5) analisar se é possível a aplicação da concepção de justiça como equidade, de John Rawls, no contexto da realidade brasileira; 6) analisar se o Poder Judiciário Trabalhista constitui uma instituição integrante e necessária da estrutura básica da sociedade brasileira e se representa a melhor alternativa, dentre as possíveis, para resolução dos conflitos trabalhistas.

A metodologia será bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa e método dedutivo.

Para atingir os objetivos gerais e específicos traçados acima, a pesquisa estrutura-se da forma explicitada nos parágrafos a seguir, com intuito de responder ao problema de pesquisa apresentado, de modo a confirmar ou não a hipótese que ora se formula, qual seja, de que o Poder Judiciário Trabalhista pode ser enquadrado como uma instituição básica necessária à sociedade brasileira na concretização da justiça social, nos moldes apresentados pelo filósofo John Rawls, em sua teoria da justiça como equidade e, portanto, constitui uma exigência da justiça social que os conflitos trabalhistas sejam solucionados por meio da jurisdição trabalhista autônoma – Poder Judiciário Trabalhista -, ante a realidade brasileira.

Assim, primeiramente, será examinada a teoria da justiça desenvolvida por John Rawls, propriamente dita, procurando-se ter um conhecimento mais aprofundado de suas principais ideias, com fins de melhor entendimento do conteúdo da concepção da justiça rawlsiana e de todos os elementos necessários para sua compreensão. Pretende-se entender porque é uma teoria que busca a realização da justiça social e a razão de ser atraente para as sociedades democráticas contemporâneas, como também, porque foi alvo de algumas críticas. Além disso, será feita uma investigação se realmente é plausível e exequível, com intuito de ser viável sua aplicação na prática de sociedades reais, por estar dissociada da metafísica. Esta parte corresponde à primeira seção do desenvolvimento deste trabalho e busca alcançar os dois primeiros objetivos específicos desta pesquisa.

Na segunda seção o foco será a estrutura básica da justiça de John Rawls. Almeja-se, conforme o terceiro objetivo específico desta dissertação, investigar se o Poder Judiciário faz parte das instituições básicas da teoria ideal rawlsiana e, na possibilidade, as razões para assim ser considerado. Além disso, tem o propósito de investigar se o filósofo Rawls, em sua teoria, desenhou uma certa arquitetura institucional na estrutura básica da sociedade como um ideal de justiça social.

Na terceira parte do trabalho, far-se-á uma abordagem do sistema jurídico brasileiro, para fins de compreensão do cenário jurídico em que o Poder Judiciário Trabalhista está inserido. Almeja-se verificar como o Poder Judiciário Trabalhista foi instalado no Brasil e sua atual estrutura, pois a viabilidade da aplicabilidade da teoria da justiça como equidade de John Rawls na sociedade brasileira, no sentido de confirmar ou não a hipótese formulada ao problema de pesquisa, importa em avaliar a realidade jurídica brasileira. Neste sentido, serão analisados os métodos alternativos de resolução dos conflitos trabalhistas. Assim, o método que mais se aproximar da jurisdição será confrontado com o Poder Judiciário Trabalhista.

No mais, diante da existência de um mundo globalizado⁷, do qual o Brasil faz parte, avaliar-se-á o cenário jurídico internacional, em relação aos normativos direcionados ao mundo do trabalho e sua relação com a justiça social, assim como as formas de resolução dos conflitos correlatos e os meios incentivados pelo direito internacional para a concretização dos direitos reconhecidos mundialmente. Toda a terceira seção corresponde ao quarto objetivo específico da pesquisa.

Em seguida, na quarta e última seção, mediante a inserção do Poder Judiciário Trabalhista e do contexto brasileiro no interior da teoria de Rawls, transportando a teoria ideal para o mundo real, diante do cenário brasileiro e mundial já avaliado, buscar-se-á analisar se a resolução jurisdicional dos conflitos trabalhistas (Poder Judiciário Trabalhista) constitui uma instituição integrante e necessária da estrutura básica da sociedade brasileira, assim como se representa a melhor alternativa, dentre as possíveis, para resolução dos conflitos trabalhistas. Com esta seção são atingidos o quinto e sexto objetivos específicos da dissertação.

Por fim, na conclusão, serão expostas as respostas encontradas ao longo das seções e o entendimento conclusivo extraído pelo trabalho, no que concerne ao problema de pesquisa e sua hipótese.

⁷ A globalização pode ser definida “como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que liga localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa” (GIDDENS, 1991, p. 69).

1 TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

As desigualdades sempre geraram preocupações e inquietações, tanto para filósofos como para teóricos, economistas, sociólogos, políticos, legisladores e juristas (DIAS; PINHEIRO, 2019).

A redução ou o fim da desigualdade é vista como um ideal de justiça, seja por um homem comum, por meio de um julgamento moral, seja por filósofos que procuram desenvolver teorias sobre justiça, seja por meio de políticos e legisladores na elaboração das leis de uma nação. Isto porque a justiça, em uma sociedade, está interligada em saber como ela distribui as coisas que valoriza, e nisto se inclui renda e riqueza, direitos e deveres, poderes e oportunidades, cargos e honrarias (DIAS; PINHEIRO, 2019).

Diante dos vários dilemas do que seria justo ou injusto e da sua ligação com igualdade e liberdade, bem como devido à grande preocupação de diversos países por políticas que propiciem a diminuição das desigualdades econômicas e sociais vivenciadas por seus povos, John Rawls, filósofo político americano, desenvolveu uma teoria da justiça.

A concepção da justiça de Rawls é política e social, e foi construída para a estrutura básica da sociedade, concebendo uma sociedade bem-ordenada que garanta bens primários aos seus membros e a liberdade de escolherem seguir os seus planos de vida. Para tanto, denominou de teoria da justiça como equidade, em que o conceito de justo precede o do bem e de onde se extraem os seus princípios da justiça (RAWLS, 2016). Foi, primeiramente, formulada nos escritos do livro *Uma teoria da justiça*, mas teve aprimoramento e revisão, com o uso do liberalismo político, após objeções de outros filósofos⁸. O texto abaixo sintetiza o aprimoramento de Rawls:

Neste sentido, ao adotar o político como foco da teoria e, mais precisamente, a ideia de consenso sobreposto, Rawls pretendeu eliminar a contradição existente na formulação teórica original.

Por sua vez, essa opção teórica restringe a teoria como uma manifestação abrangente do liberalismo, adotando uma mirada mais estreita e centrada na deliberação pública sobre as exigências de ajuste da estrutura básica da sociedade (DIAS, 2018, p. 60).

Torna-se necessária uma compreensão de toda a teoria de Rawls. Para tanto, esta seção será dividida em duas subseções.

A primeira analisará a teoria propriamente dita e no que consiste a concepção da justiça como equidade de John Rawls, mediante uma análise de suas características mais importantes,

⁸A teoria de Rawls recebeu críticas de vários outros filósofos, dentre eles, Ronald Dworkin, Herbert Hart, Amartya Sen, Jürgen Habermas e Robert Nozick, algumas serão apresentadas, em momento oportuno, ao longo deste trabalho.

focando-se no conteúdo desta concepção, denominado de princípios da justiça como equidade, assim como nos bens primários, na razão pública e sobre a base moral de toda a teoria, procurando-se entender porque é uma teoria que busca a realização da justiça social e a razão de ter sido alvo tanto de críticas como de elogios.

A segunda subseção abordará a questão da aplicabilidade da teoria no mundo não ideal, visando analisar se pode ser considerada plausível e exequível, mediante uma compreensão das razões da eleição dos princípios da justiça e sua desvinculação da metafísica.

1.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA

A intenção de Rawls (2011) foi o desenvolvimento de uma concepção política liberal de justiça para um regime constitucional democrático, mas que estivesse desvinculada de qualquer ideologia, ou doutrinas abrangentes razoáveis⁹, como as religiosas, metafísicas ou morais. Neste sentido, considera que sua concepção de justiça é capaz de se adaptar à compreensão de justiça de outros filósofos, que ele mesmo comenta em suas obras, como Habermas, Dworkin, Sen e até mesmo ao Liberalismo de Mill e Kant (RAWLS, 2011; 2016). Além disso, considera que pode ser desenvolvida sem prejudicar a teoria de justiça de Aristóteles (RAWLS, 2016), que significa dar às pessoas o que elas merecem, conforme suas virtudes (ARISTÓTELES, 2014).

Pela conotação política, ao considerar a pessoa como um cidadão, a concepção de justiça de Rawls visa moldar as relações políticas e sociais dos cidadãos, e não ser confundida com um ideal para a vida pessoal, muito menos como um ideal para membros de uma associação ou mesmo um ideal moral. Portanto, seus princípios de justiça são aplicados na estrutura básica¹⁰ da sociedade e não para regular projetos de vida das pessoas (RAWLS, 2011). Neste ponto, nota-se a diferença que há do libertarianismo e do liberalismo de Kant e de Mill, e a importância do papel do Estado¹¹.

Os liberalismos de Kant e de Mill vão além do político e recorrem à ideia de autonomia e de individualidade, entendidas como valores morais que pertencem a uma doutrina abrangente. Para Kant, por exemplo, “o ideal de autonomia tem papel regulador em tudo na

⁹Doutrina abrangente razoável, conforme Rawls (2011), é uma doutrina que possui fundamentos com probabilidade de persistir e conquistar adeptos e, pelo fato do pluralismo, é possível a existência de várias doutrinas abrangentes razoáveis que são inconciliáveis por terem pontos de vista diferentes e o liberalismo político, por defender a liberdade, não pode estabelecer qual doutrina deve ser a seguida, portanto não aceita e nem rejeita.

¹⁰Será explicado mais a frente o que abrange e na seção 2 abordada a estrutura básica com mais riqueza de detalhes.

¹¹As objeções do libertário Robert Nozick serão apresentadas, em momento oportuno, ao longo deste trabalho.

vida, o que torna incompatível com o liberalismo político da justiça como equidade” (RAWLS, 2011, p. 117). Por conseguinte, o construtivismo de Kant é mais profundo e com objetivos distintos do construtivismo do liberalismo político, embora Rawls reconheça que Kant é “a fonte histórica da ideia de que a razão, tanto teórica, como prática, origina e se autentica a si mesma” (2011, p. 118).

Em outras palavras, Rawls (2011) procurou construir, com base no liberalismo político, uma teoria política liberal de justiça que se sustenta por si própria, sem rejeitar ou acatar as doutrinas razoáveis que existam, mas levando em consideração a existência do pluralismo razoável¹² na vida política e a necessidade da tolerância pelos indivíduos. Em suas palavras:

Na justiça como equidade, o objetivo é formular uma concepção de justiça política e social que seja afim as convicções e tradições mais arraigadas de um Estado democrático moderno. O sentido de fazer isso está em verificar se temos como resolver o impasse de nossa história política recente, a saber, o de que não existe acordo sobre como as instituições sociais básicas devem se organizar, se hão de conformar à liberdade e à igualdade dos cidadãos como pessoas (RAWLS, 2011, p. 355).

A base de sua teoria é contratualista, baseada em Locke, Hobbes, Rousseau e Kant, contendo elementos do direito natural e do contrato social de Hobbes, tendo em vista que o conteúdo da concepção da justiça como equidade é obtido por meio de um acordo entre as partes, mas se diferencia porque as partes representam os cidadãos e, portanto, possuem restrições morais e não decidem com base em interesses individuais. Portanto, o contrato é apenas uma estratégia procedimental para serem extraídos os princípios da justiça e se diferencia da teoria contratualista tradicional dos filósofos acima citados. Os comentários abaixo refletem as influências contratuais em Rawls:

A posição original de Rawls, na verdade, combina elementos da teoria do direito natural e da teoria hobbesiana do contrato social. Como as visões hobbesianas, as partes no contrato social de Rawls - a "posição original" - fazem uma escolha puramente racional: elas não são moralmente motivadas, mas visam apenas escolher termos de cooperação que melhor promovam seu próprio bem particular e seus interesses fundamentais (que Rawls define de forma diferente de Hobbes). Ainda assim, a posição do contrato social de Rawls difere consideravelmente das visões hobbesianas, na medida em que ele nega que os princípios morais da justiça sejam simplesmente o produto de uma escolha puramente racional projetada para promover o interesse individual. Como as posições de direitos naturais de Locke, Rousseau e Kant, Rawls estrutura seu contrato social para que os julgamentos de suas partes sejam restringidos por condições morais (FREEMAN, 2007, p.16)

Portanto, o contratualismo de Rawls é bem diferente do tradicional, pois em sua teoria as partes não chegam a um consenso dos princípios da justiça com base em interesses

¹²Significa a existência de várias doutrinas abrangentes razoáveis, conflitantes e incomensuráveis.

individuais, uma vez que os princípios morais de sua teoria não derivam de uma escolha puramente racional.

Diante dos fins pretendidos, Rawls utilizou o construtivismo político para demonstrar a estrutura e o conteúdo de sua concepção política de justiça e, dessa forma, proporcionar objetividade à sua teoria, visando eliminar impressão metafísica decorrente da abstração da posição original que lhe gerou muitas críticas¹³, na primeira versão da teoria.

Pelo construtivismo político, os princípios de justiça política (conteúdo) podem ser representados como o resultado de um procedimento de construção (estrutura), em que os agentes racionais, na condição de representantes dos cidadãos e sujeitos a restrições razoáveis, escolhem os princípios que deverão regular a estrutura básica da sociedade bem-ordenada, ou seja, em que todos sabem e aceitam a aplicação dos princípios da justiça, bem como que tais princípios são reconhecidos e atendidos pelas instituições sociais básicas, e são moldados por um sistema equitativo de cooperação com vantagens recíprocas (acordo na posição original), efetivamente regulada por uma concepção política e pública de justiça (RAWLS, 2016).

Por sua vez, a estrutura básica corresponde à maneira pela qual as principais instituições sociais, políticas e econômicas se articulam em um sistema único, incluindo a forma como distribuem direitos e deveres fundamentais e moldam a divisão dos benefícios obtidos mediante a cooperação social. Neste mister, a Constituição política, as formas legalmente reconhecidas de propriedade, a organização da economia e a natureza da família fazem parte dessa estrutura básica. Para Rawls, instituições da estrutura básica são normas que especificam as ações que são permitidas e proibidas, as penalidades, as defesas e assim por diante (RAWLS, 2016).

Então, Rawls, por meio do contrato social, estabelece um sistema de direito público, que define e regula a autoridade política e se aplica a todos como cidadãos. Acredita assim, que o papel das instituições, que fazem parte da estrutura básica, é garantir condições de fundo equitativas sob as quais se desenvolvem as ações dos indivíduos e as ações particulares. O trecho a seguir demonstra a importância das instituições na visão rawlsiana: “A menos que essa estrutura seja regulada e ajustada de forma apropriada, um processo social inicialmente equitativo acabará por deixar de sê-lo, por mais livres e equitativas que as transações possam parecer quando consideradas em si mesmas” (RAWLS, 2011, p. 315).

Desta forma, Rawls procura conciliar uma teoria da justiça social com um modelo institucional, objetivando consolidar uma democracia constitucional em uma sociedade pluralista, que possui muitas concepções de bem e de vida boa (LOIS, 2008). Portanto, há uma

¹³ Dentre os críticos, temos Jürgen Habermas (2003), Hart e Ronald Dworkin (2014, p. 100-103) e que são citados pelo próprio Rawls em seu livro *O liberalismo político* (2011).

nítida necessidade de conciliar a esfera pública com a esfera privada na consolidação desse propósito, sem interferir nos planos e objetivos de vida das pessoas, nos termos do discurso liberal. Abaixo Rawls deixa claro essa proximidade do público e do privado, mesmo em se tratando de estrutura básica da sociedade:

Primeiro, não temos como saber, examinando somente a conduta de indivíduos e associações nas circunstâncias imediatas (ou locais) às quais estão sujeitos, se, de um ponto de vista social, os acordos realizados são justos ou equitativos, pois esta avaliação depende fundamentalmente de características da estrutura básica, da medida em que essa estrutura básica consegue preservar a justiça de base. Desse modo, se os acordos salariais são justos, isto dependerá, por exemplo, da natureza do mercado de trabalho: é preciso impedir um poder excessivo de mercado e promover uma distribuição equitativa de poder de negociação entre empregados e empregadores. Além disso, a equidade depende de condições sociais fundamentais, como a garantia de oportunidades equitativas, que se estendem retroativamente no tempo e vão muito além de um ponto de vista limitado (RAWLS, 2011, p. 316).

Neste sentido, sua teoria se aplica à estrutura básica, ou seja, os princípios de justiça escolhidos pelas partes são aplicados nas instituições da estrutura básica da sociedade, para implementar a justiça distributiva (social) e para que, desse modo, com a justiça na base, possam os indivíduos seguirem seus planos de vida, razão pela qual entende que a esfera privada é influenciada pela esfera pública, pois depende da justiça de base operada na estrutura básica.

Assim, por meio das instituições, visou a justificação pública dos princípios da justiça, tanto para conhecimento e aceitação de todos, como para contribuir para a estabilidade da concepção de justiça, seja pela promoção do senso de justiça dos cidadãos, seja pelo poder coercitivo do Estado.

Nesta esteira, torna-se necessária a compreensão da teoria como um todo para entender por que a teoria rawlsiana é atraente para as sociedades democráticas contemporâneas e passou a ser considerada como de estudo obrigatório para os filósofos e teóricos do direito, como a seguir se examinará

A teoria surge com a posição original. A posição original é a situação hipotética que constitui um artifício de sua teoria, para representar tanto a liberdade como a igualdade, como forma de tornar inteiramente evidente que espécie de acordo seria alcançado pelas partes, na condição de representantes dos cidadãos, servindo esta posição original como meio de reflexão e autoconhecimento, como uma ideia mediadora dos juízos ponderados para as pessoas no mundo social, ou seja, real (RAWLS, 2011).

É nesta posição original que o filósofo afirma que as partes escolhem os princípios da justiça (conteúdo da concepção da justiça). Para tanto, considera que as partes são cidadãos e membros de uma sociedade política, entendida como um sistema equitativo de cooperação

social, entre uma geração às gerações seguintes, e representam os demais cidadãos. Nesta posição, as partes são livres e iguais, mas estão sob o véu da ignorância, para mantê-las em posição equitativa e, com neutralidade, poderem firmar o acordo sobre os princípios da justiça que irão escolher, motivo por ser denominada de justiça como equidade (RAWLS, 2016).

Como livres e iguais, as partes estão dotadas das faculdades morais de senso de justiça e de construir uma concepção do bem¹⁴, além de estarem em consonância com a ideia de cooperação social. Cooperação social, sob o ponto de vista político, traz as seguintes ideias: que os cidadãos que cooperam guiam-se por regras e procedimentos publicamente reconhecidos e aceitos como apropriados; de termos equitativos de cooperação, que conduz à reciprocidade e mutualidade, ou seja, de que todos os que cumprem sua parte, de acordo com as regras reconhecidas, são beneficiados da cooperação conforme critérios publicamente reconhecidos e aceitos; que os que cooperam utilizam a racionalidade, no sentido de cooperarem para promover o seu próprio bem (RAWLS, 2003).

Dessa forma, as partes exercem a plenitude das duas faculdades da personalidade moral que, em grau mínimo necessário, constituem a base da cidadania igual e podem ser entendidas como a faculdade de ter senso de justiça e uma concepção do bem. Portanto, incluem: a) faculdades intelectuais de constituir juízos, de pensamento e de inferência; b) concepção do bem interpretada em conformidade com uma doutrina abrangente razoável; c) capacidades e qualificações para serem membros cooperativos da sociedade ao longo de toda a vida; d) disposição de propor e aceitar termos equitativos de acordo, e; e) reconhecem os limites da capacidade de juízo, “como limitações àquilo que pode ser justificado a outros e somente professam doutrinas abrangentes razoáveis” (RAWLS, 2011, p. 97).

Além dessas características, o construtivismo de Rawls incluiu, também, a ideia do razoável¹⁵. Por meio do razoável é possível um consenso sobreposto de doutrinas razoáveis.

¹⁴ Nesta concepção as partes se baseiam numa teoria fraca do bem. A teoria fraca do bem significa que na posição original as partes têm algumas premissas acerca dos bens primários necessários para alcançar os princípios da justiça. Após escolhidos os princípios, as partes poderão usá-los na elaboração da lista completa dos bens primários, que Rawls denomina de teoria plena dos bens primários. É a racionalidade que permite que as partes escolham os princípios pautados na teoria fraca do bem, visando os seus interesses, com intuito de obterem vantagens racionais. Portanto, ser racional na posição original é ter concepção fraca do bem, “isto é, uma concepção do que consideramos ser uma vida digna de ser vivida.” (RAWLS, p. 358)

¹⁵ Rawls considera que a diferença entre razoável e racional remonta a Kant, que pondera que o razoável representa a razão prática pura e o racional a razão prática empírica. Rawls atribui um sentido mais restrito ao razoável e a ele associa, “primeiro, a disposição de propor e sujeitar-se a termos equitativos de cooperação, segundo, a disposição de reconhecer os limites da capacidade de juízo e aceitar suas consequências como razoável” (RAWLS, 2011, p. 57, nota de rodapé). “Razoável é tido como uma ideia moral básica e intuitiva; pode ser aplicado a pessoas, suas decisões e padrões, a doutrinas abrangentes e muitas coisas mais” (RAWLS, 2003, p. 115-116). Rawls ainda salienta que a distinção entre razoável e racional é análoga à distinção que Kant faz entre o imperativo hipotético e o imperativo categórico, em que neste último “submete as máximas racionais e sinceras de uma agente (formuladas à luz da razão prática empírica do agente) às restrições razoáveis contidas naquele

Neste diapasão, a teoria de justiça de Rawls não é uma da teoria da escolha racional, mas usa a teoria da decisão racional, tanto na descrição das partes, na posição original, quanto no raciocínio usado para a escolha dos princípios razoáveis de justiça. Sendo assim, na posição original, o razoável tem prioridade sobre o racional, porque agir de forma racional levaria à parcialidade e desigualdade, motivo pelo qual as restrições razoáveis impostas às partes na posição original “cerceiam-nas no esforço de alcançar um acordo racional sobre os princípios da justiça em que cada qual procura defender o bem daqueles que representa, demonstrando a prioridade do justo” (RAWLS, 2003, p. 115).

Como dito acima, o véu da ignorância é o artifício usado para essas restrições razoáveis. As partes não têm conhecimento das circunstâncias da sua vida e conhecem apenas fatos genéricos da sociedade, para não sofrerem influências contingentes do mundo social, no intuito de manterem-se livres e iguais, sem poder de barganha na escolha dos princípios que deverão regular as estruturas básicas do presente e do futuro (RAWLS, 2016).

Ademais, o véu da ignorância corresponde ao agir de forma razoável¹⁶, ou seja, ter senso de justiça e ter a capacidade de cumprir os termos equitativos de cooperação social, pois o razoável conduz ao público e as partes razoáveis articulam uma ideia de reciprocidade e mutualidade (RAWLS, 2011). Por conseguinte, o véu da ignorância e o desinteresse mútuo ajudam a simplificação e a clareza da moralidade e, portanto, o agir com racionalidade.

A racionalidade das partes é a mesma empregada no sentido da teoria econômica¹⁷, na busca por atingir fins próprios. Mas é excluído das partes certas psicologias especiais, como rancor, inveja ou aversão ao risco e à incerteza. Além disso, tais partes não conhecem as doutrinas abrangentes e nem possuem concepções sobre o bem (fins) das pessoas que representam. Pela autonomia racional, por gozarem de liberdade e igualdade, têm algumas premissas acerca dos bens primários e sabem que em geral devem proteger suas liberdades, ampliar suas oportunidades e os meios de promover seus objetivos, quaisquer que sejam. Orientados por essa teoria fraca do bem¹⁸ e pelos fatos gerais da psicologia moral, a deliberação para escolha dos princípios da justiça não é uma adivinhação, mas racional no sentido comum.

procedimento” (RAWLS, 2003, p. 115).

¹⁶ O entendimento do razoável é importante para compreensão da escolha dos princípios da justiça e foi a justificativa utilizada por Rawls para se defender das críticas do filósofo Herbert Hart que mais a frente será apresentada.

¹⁷ Rawls dispõe sobre a racionalidade: “as partes são racionais porque conseguem classificar de forma coerente seus fins últimos; porque deliberam guiadas por princípios tais como: adotar os meios mais eficazes para atingir os próprios fins; escolher a alternativa mais propícia à promoção de tais fins; e organizar as atividades de modo que, *ceteris paribus*, a maioria desses fins seja satisfeita” (2003, p. 123).

¹⁸ Conforme já explicado acima.

A concepção de bem resulta das necessidades das pessoas na condição de cidadãos (livres e iguais). Assim, as partes têm noção de que, independentemente de suas crenças e convicções filosóficas ou religiosas, querem viver bem e, por isso, precisam ter, na estrutura básica da sociedade os mesmos bens primários, isto é, os mesmos direitos, liberdades e oportunidades fundamentais, e os mesmos meios polivalentes, tais como renda e riqueza, tudo isso sustentado pela mesma base do autorrespeito (RAWLS, 2011).

Os bens primários são essenciais e são divididos em bens primários sociais e bens primários naturais. Para Rawls, bens primários naturais são o vigor, a inteligência e a imaginação e podem ter interferência indireta da estrutura básica (RAWLS, 2016). Rawls (2011) formula uma lista básica de bens primários, que são representados em cinco categorias, ressaltando que a intenção da lista é tornar praticável, e nos limites do político, para assim, ter base pública exequível para comparações interpessoais baseadas em características objetivas das circunstâncias sociais dos cidadãos, levando em consideração, também, a existência do pluralismo razoável. Neste contexto, o filósofo mesmo ressalta que poderia ser um bem primário, o tempo de lazer ou estar livre de dor, no sentido de deixar claro que a lista de bens primários pode ser ampliada (RAWLS, 2011). Abaixo a sua lista:

- a. direitos e liberdades fundamentais, também especificadas por uma lista;
- b. liberdade de movimento e livre escolha de ocupação, contra um pano de fundo de oportunidades diversificadas;
- c. capacidades e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica;
- d. renda e riqueza;
- e. e, por fim, as bases sociais do autorrespeito. (RAWLS, 2011, p. 213)

Portanto, esta lista compreende os direitos, liberdades e oportunidades fundamentais, assim como os recursos, tais como renda e riqueza, tudo isso sustentado pela base do autorrespeito para que cada indivíduo possa seguir seus objetivos de vida e ter uma vida digna. Em face do caráter objetivo dos bens primários, o autorrespeito como bem primário é distinto do autorrespeito como atitude do cidadão consigo mesmo. Com efeito, são as bases sociais que ajudam a sustentar essa atitude do autorrespeito consigo mesmo que constituem bens primários. Logo, autorrespeito é o fato institucional de que os cidadãos têm direitos iguais, mediante o reconhecimento público disso e o endosso de todos pelos princípios da justiça (RAWLS, 2003).

Importante frisar que a noção de bens primários está conectada com a formulação dos dois princípios de justiça escolhidos pelas partes na posição original e servem de fundamento às avaliações e comparações interpessoais para análise da justiça social, por constituírem meios para a realização do plano de vida das pessoas. Contudo, a distribuição dos recursos sociais

(bens primários) não deve corresponder à intensidade das aspirações das pessoas individualmente ou seus gostos e preferências, mas sim, deverão ser distribuídos conforme um entendimento público do que seja razoável às pessoas exigirem das instituições, na estrutura básica da sociedade, a partir da concepção de justiça política.

Amartya Sen (2017) formulou críticas neste aspecto, porque a teoria não se preocupa com a igualdade da extensão das liberdades, diante das diversidades das pessoas e de suas capacidades. Para Sen (2017), os bens primários são meios para atingir a liberdade e questiona se as pessoas teriam capacidade de alcançar. Conforme Sen (2017), a teoria se concentra nos meios para a liberdade e não na extensão da liberdade que a pessoa realmente tem, em outros termos, considera que há necessidade de valoração dos meios e dos fins, como também, diante das diversidades pessoais, nem sempre seria possível a conversão de bens primários em realizações de bem-estar, ocasionando uma situação injusta.

Rawls resume da seguinte forma sua defesa às objeções de Amartya Sen:

Mas antes de responder, devo dizer que não é meu propósito aqui examinar a visão de Sen sobre capacidades básicas em toda a sua profundidade. Para ele essas capacidades se referem às liberdades como um todo de escolher entre combinações de functionings (estritamente, um número de functionings elevado à enésima potência) e constitui a base de sua visão das diferentes formas de liberdade, da liberdade de bem-estar e da liberdade de agir. Mais do que isso, essas capacidades estabelecem o fundamento para tipos de julgamento de valor bastante distintos entre si. Acredito que, para meus propósitos limitados, não preciso entrar nessas questões mais profundas. Assim, como réplica, direi o seguinte a respeito disso: pressupus o tempo todo, e vou continuar a pressupor, que, embora os cidadãos não possuam capacidades iguais, eles têm, sim, aos menos no grau mínimo essencial, as faculdades morais, intelectuais e físicas que lhes possibilitam ser membros plenamente cooperativos da sociedade ao longo da vida inteira. [...] Condordo com Sen ao sustentar que capacidades básicas são de importância primordial e se deve sempre avaliar a utilização de bens primários à luz de suposições acerca dessas capacidades. (RAWLS, 2011, p. 216).

Portanto, em resposta a Sen, considera que as pessoas detêm um grau mínimo que lhes permitem ser membros cooperativos da sociedade ao longo da vida. Sendo assim, a justiça social de sua teoria estaria sendo atendida porque os bens primários básicos que seriam capazes de garantir uma existência digna estariam garantidos e o que se tornou mais afortunado deve contribuir para que todos cresçam, por meio do princípio da diferença. Pelo princípio da diferença, que será examinado mais adiante, pode ser implementado arranjos sociais, por meio das “instituições de fundo”, para propiciar normas equitativas de oportunidades, como educação, saúde, trabalho, moradia e outros direitos sociais (RAWLS, 2016). Cabe citar o texto de sua obra:

[...] embora os cidadãos não tenham capacidades iguais, têm de fato, ao menos no grau mínimo essencial, as faculdades morais, intelectuais e físicas que lhes

possibilitam ser membros plenamente cooperativos da sociedade ao longo de toda vida (RAWLS, 2016, p. 104.)

Dessa forma, os bens primários ou os recursos, ou meios para se alcançar os projetos de vida, são decorrentes “de uma prévia concepção política da justiça (e de pessoa) que culmina numa ideia de cooperação social voltada ao benefício recíproco atingida por meio de um consenso (político) sobreposto.” (MENDES, 2009, p. 105).

Rawls, diante disso, afirma que não há injustiça, mas sim a justiça social e o ideal de justiça estarão presentes mesmo com a existência de reais desigualdades pessoais, dispondo da seguinte forma:

[...] dado nossa suposição de que todos têm capacidade para ser um membro cooperativo normal da sociedade, dizemos que, quando os princípios da justiça são satisfeitos nenhuma dessas variações entre os cidadãos é injusta, nem gera injustiça (RAWLS, 2016, p. 231).

Em objeção, Sen (2017) afirma que a ética da igualdade tem que levar em conta adequadamente as diversidades generalizadas que afetam as relações entre os diferentes espaços e considera que isso não foi analisado por Rawls em sua teoria da justiça por equidade.

É fato que as diferenças entre os seres humanos podem ser decorrentes de vários fatores, dentre eles a idade, o sexo, a saúde física e mental, a força física, as capacidades intelectuais, circunstâncias climáticas, vulnerabilidade epidemiológica, ambientes sociais e familiares (SEN, 2017). Mas, pela teoria da equidade de Rawls, os bens primários ofertados são capazes de fazer com que cada um siga seu plano de vida, pois os mesmos serão capazes de fornecer educação, saúde, moradia e outros direitos sociais. Neste sentido, pela teoria rawlsina, a estrutura básica da sociedade não cabe conceder bens primários conforme as preferências das pessoas ou sonhos e condições pessoais. Em relação à diversidade, o filósofo considerou quatro tipos de diferenças e examinou o modo como elas situam as pessoas na sociedade, apontando que a solução será a aplicação do segundo princípio de justiça, ou seja, a justiça distributiva.

Portanto, para Rawls (2011, p. 216), as diferenças seriam: 1) nas capacidades e habilidades morais e intelectuais, sendo que essas somente se estiverem acima do patamar mínimo essencial para uma estrutura basal igualitária. Ocorrendo essa variação, devem ser enfrentadas nas práticas sociais, aplicando-se o princípio da diferença; 2) nas capacidades e habilidades físicas, incluindo os efeitos que enfermidades e contingências exercem sobre as capacidades naturais. Nesta situação, com o cidadão ficando aquém de uma estrutura basal igualitária, na prática, pode ser enfrentada no plano legislativo, mediante o tratamento ser custeado e equilibrado, com outras exigências, aos gastos públicos como um todo, portanto, pelo princípio da diferença; 3) nas concepções do bem pelos cidadãos (o fato do pluralismo

razoável). A concepção visa gerar oportunidade, mas não significa que todas as concepções de bem que existam são permissíveis de florescer, e; 4) nos gostos e preferências, não interferem nos bens primários concedidos aos cidadãos na estrutura básica da sociedade, pois se referem a própria responsabilidade do cidadão.

Nas palavras de Rawls:

Sentimentos fortes e aspirações fervorosas em relação a certos objetivos não dão às pessoas, como tais, o direito a recursos sociais, ou o direito de organizar as instituições públicas no sentido de realizar tais objetivos. Por mais intensos que sejam os desejos e as necessidades, não constituem por si razões em questões de elementos constitucionais essenciais e justiça básica. Nesses casos, o fato de termos um desejo intenso não demonstra a propriedade de sua satisfação, assim como a força de uma convicção não demonstra sua verdade (RAWLS, 2011, 238).

Por conseguinte, é importante considerar que a família, a educação e o conhecimento, os fatores genéticos, a saúde, assim como o sexo influenciam o conjunto capacitário do indivíduo. Com efeito, as utilidades disponibilizadas aos indivíduos, por meio dos bens primários, podem não ser usadas da mesma forma pelas pessoas e, em decorrência disso, os funcionamentos realizados por uma pessoa podem restar aquém dos seus sonhos ou objetivos.

Ultrapassada as objeções de Sen, e dando prosseguimento à análise da teoria rawlsiana, pela deliberação das partes na posição original, que Rawls (2011) considera democrática porque coletiva, são escolhidos os dois princípios da justiça como equidade. Na realidade, são três princípios, conforme transcrição logo à frente de sua última versão, tendo em vista que desde o seu primeiro livro, Teoria da Justiça, Rawls foi reformulando:

- a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e
- b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença) (RAWLS, 2003, p. 60)

A liberdade é o primeiro princípio, tem maior peso e deve ser aplicada de forma prioritária, seja porque a liberdade é necessária para qualquer outro tipo de direito que se queira exigir posteriormente, seja pelo fato do segundo princípio somente ser aplicado depois de satisfeita a liberdade.

Hart direciona suas críticas à eleição dos princípios da Justiça e afirma que a prioridade das liberdades fundamentais acordadas pelas pessoas livres e iguais na posição inicial, são, na realidade, a própria escolha racional de Rawls e das pessoas que compartilham das mesmas

convicções liberais que as suas (RAWLS, 2011). Como resposta, Rawls (2011) explica que são as restrições do razoável e da noção dos bens primários que são primordiais para a eleição dos princípios da justiça e das liberdades fundamentais e sua prioridade. Acrescenta ainda, que o razoável é anterior ao racional, conforme exposto acima, dirimindo a crítica de Hart e enfatizando a importância da concepção da pessoa, como política, em sua teoria (RAWLS, 2011).

No mais, essa ordem serial entre os dois princípios indica uma diferença entre os bens sociais primários e uma divisão importante no sistema social. Portanto, há uma divisão de aplicação dos princípios nas instituições da estrutura básica, ante a prioridade da liberdade¹⁹. A liberdade não é absoluta, pois pode sofrer limitação por uma outra liberdade, mas não admite sofrer limitação por ganhos econômicos ou quando a compensação econômica for significativa, devendo ser garantida formal e materialmente²⁰. Contudo, as liberdades básicas podem sofrer regulações que diferem das restrições (RAWLS, 2003). As regulações são necessárias para poderem ser exercidas e combinadas dentro de um esquema único, necessário para a própria organização social.

Para tanto, Rawls (2003) propõe que as liberdades básicas sejam divididas e reconhecidas como aquelas que devem garantir, igualmente para todos os cidadãos, as condições sociais essenciais para o desenvolvimento adequado e o exercício pleno e informativo de suas faculdades morais, conforme já mencionadas. Assim, neste sentido, as faculdades morais são importante no sentido de poderem julgar a justiça das instituições básicas, as políticas sociais e ter noção de concepção do bem, no que se refere a seguir os planos ao longo da vida toda.

Assim, quando as liberdades entram em conflito, devem ser priorizadas as que estejam mais vinculadas a essas características acima (RAWLS, 2003). Ademais, Rawls (2003) filia-se à tradição liberal²¹ que considera que as liberdades políticas iguais (liberdades dos antigos) têm, em geral, menos valor intrínseco que a liberdade de pensamento e de consciência (liberdade dos modernos).

Importante ressaltar que a liberdade não é importante ou prioritária em seu sentido denotativo, mas em seu sentido e contexto político, e conforme o que a tradição histórica

¹⁹ Essa divisão de aplicação dos princípios será analisada na seção 2.

²⁰ Com efeito, deve ser garantida formal e materialmente e Rawls tem essa preocupação ao considerar que somente pode ser limitada pelo interesse geral e visando a segurança pública, pois assim garante a própria liberdade. Para este filósofo, o único fundamento para limitar a liberdade de consciência ou pensamento e negar as liberdades iguais é evitar uma injustiça ainda maior, com uma perda ainda maior de liberdade. A liberdade é regida pelas condições necessárias à própria liberdade (RAWLS, 2016, p. 74).

²¹ Representada por Constant e Berlin (RAWLS, 2003, p. 202).

democrática considera como liberdades básicas (ou seja, direitos, liberdades e garantias constitucionais dos estados democráticos, além das cartas e declarações dos direitos do homem). Assim, escreve o filósofo: “não se atribui nenhuma prioridade à liberdade enquanto tal, como se o exercício de algo chamado liberdade tivesse um valor preeminente e fosse o principal, quando não o único, fim da justiça política e social”. (RAWLS, 2003, p. 63). Em consequência, Rawls (2003) não considera como liberdades básicas, as que não são usados para o pleno exercício das duas faculdades morais e que não constituem uma base social essencial do autorrespeito.

As liberdades básicas podem ser extraídas tanto da história democrática constitucional como as que mais parecem básicas, como também, por meio de método analítico, ou seja, as que oferecem melhores meios para o pleno exercício das faculdades morais. Assim, formula a seguinte lista de direitos e liberdades básicos:

Liberdades de pensamento e de consciência; liberdades políticas (por exemplo, o direito de votar e de participar da política) e liberdade de associação, bem como os direitos e liberdades especificados pela liberdade e integridade (física e psicológica) da pessoa; e, finalmente, os direitos e liberdades abarcados pelo estado de direito (RAWLS, 2003, p. 62).

Portanto, essa lista de liberdades básicas – que incluem a de pensamento e consciência, as liberdades políticas, de associação e relacionados aos estados de direito – está incluída na lista de bens primários mencionada anteriormente.

O segundo princípio contém dois elementos, que também devem ser aplicados em ordem lexical, e estão relacionados ao aspecto da justiça distributiva (DIAS; PINHEIRO, 2019). O primeiro princípio da justiça distributiva é a igualdade equitativa de oportunidades e sua função é corrigir qualquer defeito formal de chances. Assim, qualquer indivíduo, independentemente de sua condição, deve ter a chance de alcançar cargos públicos e posições sociais. Essa igualdade não deve ser apenas no sentido formal, mas possuir meios para tal mister e, sendo assim, pessoas com talentos e dons parecidos devem ter a mesma chance, por exemplo, de ingressar em uma universidade sem levar em consideração as contingências²² que podem ser afetadas (RAWLS, 2016). Kant tem o mesmo posicionamento de Rawls, no que concerne às contingências, ao afirmar que prerrogativas hereditárias não podem ser condicionantes para se atingir posições sociais ou cargos (FREEMAN, 2007).

²² O filósofo aponta três tipos de contingências: “(a) sua classe social de origem: a classe em que nasceram e se desenvolveram antes de atingir a maturidade; (b) seus talentos naturais (em contraposição a seus talentos adquiridos); e as oportunidades que têm de desenvolver esses talentos em função de sua classe social de origem; (c) sua boa ou má sorte ao longo da vida (como são afetados pela doença ou por acidentes; e, digamos, por períodos de desemprego involuntário e declínio econômico regional)”. (RAWLS, 2003, p. 78).

Contudo, em relação a pessoas com talentos distintos e objetivos também diferentes, Rawls (2016) não considera justo igualá-las no mesmo patamar e, para isso, utiliza o princípio da diferença, que está subordinado aos demais e funciona de forma associativa. Este princípio é um meio de controlar as desigualdades sociais e econômicas, ao estabelecer que somente são admitidas desigualdades que garantem benefícios aos membros menos favorecidos da sociedade. Pelo princípio da diferença é admitida a desigualdade:

Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais do autorrespeito – devem ser distribuídos de forma igual, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores seja vantajosa para todos. (RAWLS, 2016, p. 75).

Por tais razões, o princípio da diferença deve ser aplicado à estrutura básica da sociedade, por meio de indivíduos representativos cujas expectativas sejam estimadas por uma lista de bens primários. Assim, a desigualdade é avaliada sobre bens primários distribuídos na estrutura básica da sociedade. Os menos favorecidos são os que possuem uma parcela menor de bens primários e os benefícios resultantes da cooperação social são estabelecidos em termos de bens primários (MENDES, 2009, p.77).

Neste sentido, a liberdade é representada pelo sistema completo da cidadania igual, ao passo que o valor da liberdade para indivíduos e grupos depende de sua capacidade de promover seus objetivos dentro da estrutura definida pelo sistema. Mas o valor não é igual para todos; alguns tem mais autoridade e riqueza e, portanto, mais recursos para atingir seus objetivos. Assim, a estrutura básica deve ser organizada para que haja uma cooperação social e possa existir uma compensação, por meio do princípio da diferença. Desse modo, o princípio da diferença é essencialmente um princípio da reciprocidade (RAWLS, 2016).

Pela teoria da justiça como equidade, a interpretação do princípio da igualdade equitativa de oportunidades com o da diferença evita uma sociedade meritocrática, por afastar a possibilidade das contingências sociais, naturais ou fortuitas determinarem a distribuição de renda e riqueza.

Ao incentivar dons e talentos, o princípio da diferença permite as desigualdades de rendas, desde que o resultado melhore a vida dos menos favorecidos, ou seja, desde que, no cômputo geral, ajudem os menos privilegiados. Ao compensar o esforço, não se está aplicando critérios morais e, portanto, não há retribuição pelos argumentos da meritocracia, mas sim, por compensar aquela pessoa pela expectativa legítima²³.

²³ Expectativas legítimas são decorrentes das normas públicas do esquema de cooperação social, normas essas compatíveis com os dois princípios da justiça equitativa. Assim, cumprido o que as normas estabelecem, o

Na aplicação do princípio da diferença presume-se que os demais princípios foram satisfeitos, e deve ser aplicado para preservar o valor equitativo deles e garantir que as desigualdades econômicas e sociais contribuam para o bem geral, beneficiando os menos favorecidos, de modo a evitar que uma grande quantidade de riqueza e de propriedade se acumule nas mãos de poucos e seja capaz de debilitar a igualdade equitativa de oportunidades e o valor equitativo das liberdades políticas, dentre outras igualdades.

A importância do princípio da diferença decorre do fato de que as desigualdades sociais e econômicas (renda e riqueza) quando grandes, tendem a gerar desigualdade política, acarretando que uma parte domine a restante, ou a desigualdade de *status*, levando os que possuem menos se sentirem inferiores e serem vistos assim também, gerando a disseminação de atitudes de servidão, de um lado, e, do outro, de dominação (RAWLS, 2003). Além disso, mesmo em uma sociedade com desigualdade moderada pode ocorrer monopólio de um setor da economia e acarretar elevada desigualdade econômica e social, por exemplo (RAWLS, 2003). Tais fatos demonstram que sempre pode ocorrer a desigualdade econômica e social, mas quando é controlada pelo princípio da diferença, juntamente com implementação anterior dos demais princípios da justiça, as partes se sentem iguais, em face da reciprocidade.

Insta registrar que Rawls considera que sua teoria possui uma visão igualitária, eis que visa regulamentar as desigualdades sociais e econômicas por meio do princípio da diferença no sentido de produzir uma igualdade em seu mais alto grau, ou seja, aquela em que os cidadãos se reconhecem como iguais e se veem uns aos outros como iguais, portanto, se relacionam como iguais (RAWLS, 2003).

Além disso, o princípio da diferença favorece a visão igualitária, quando as perspectivas de vida são consideradas com base em um mínimo social fundamentado numa ideia de reciprocidade, em detrimento de uma justiça distributiva (que não usa o princípio da diferença) que garante apenas as necessidades humanas para uma vida decente (RAWLS, 2003).

É imperioso mencionar que as partes, na posição original, têm ciência que o acordo precisa ser eficaz e que tenha uma base pública de sustentação, ou seja, de que precisam do consenso sobreposto razoável limitado à estrutura básica da sociedade.

Neste mister, na posição original, precisam fazer dois tipos de acordo. Um sobre os princípios e um outro associado, relativo às diretrizes da discussão pública e critérios para

indivíduo tem direito a receber e o resultado é justo, seja qual for. Todas as reivindicações surgem no interior do sistema de fundo de cooperação social equitativa e tem como base as normas públicas e o que os indivíduos e associações fazem à luz dessas normas. Já o mérito moral independe das normas das instituições existentes e decorrem da visão abrangente que os indivíduos têm e deve ser evitada na vida pública, devendo ser substituída pela expectativa legítima (RAWLS, 2003). Será abordada na subseção 2.1.

decisão a respeito do que seriam relevantes, a título de informações e conhecimentos para a discussão pública. O filósofo sintetiza:

- (1) primeiro, um acordo sobre princípios de justiça política para a estrutura básica (por exemplo, os da justiça como equidade); e
- (2) em segundo lugar, um acordo sobre os princípios de argumentação e regras de verificação à luz das quais os cidadãos devem decidir se os princípios de justiça se aplicam, quando e até que ponto eles são satisfeitos, e que leis e políticas melhor condizem com eles nas condições sociais existente. (RAWLS, 2003, p. 126).

Assim, a concepção política de justiça expressa dois valores políticos. Os valores de justiça política, representados pelos princípios de justiça, correspondem a primeira parte do acordo. Os valores políticos da razão pública são correspondentes à segunda parte do acordo acima comentado.

Por conseguinte, a estrutura básica da sociedade será organizada com base na razão pública, cujo conteúdo é fornecido por uma concepção política de justiça, que abrange dois componentes: “os princípios substantivos de justiça para a estrutura básica (os valores políticos da justiça) e as diretrizes da indagação pública e as concepções de virtude que tornam a razão pública possível (os valores políticos da razão pública)” (RAWLS, 2011, p. 299). A razão pública é uma característica de uma sociedade democrática:

A razão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham do *status* da cidadania igual. O objeto da razão dos cidadãos é o bem público, aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica institucional da sociedade e os propósitos e fins a serviço dos quais tal estrutura deve se colocar. A razão pública, então, é pública de três maneiras: como a razão dos cidadãos como tais, é a razão do público; seu objeto é o bem do público, além de questões de justiça fundamental; e sua natureza e seu conteúdo são públicos, uma vez que são determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção política de justiça da sociedade e são conduzidos à vista de todos sobre essa base. (RAWLS, 2011, p. 251)

Nestes termos, a razão pública é a razão dos cidadãos iguais que, organizados de forma coletiva, exercem o poder supremo e coercitivo uns sobre os outros ao aprovar leis e emendar sua Constituição. Contudo, a razão pública não se aplica a todas as questões políticas, mas apenas àquelas que envolvam questões de justiça básica²⁴ e sobre elementos constitucionais essenciais²⁵; também não se aplicam sobre as deliberações e reflexões acerca de questões políticas das pessoas e de membros de associações, igrejas ou universidades, por exemplo, por constituírem cultura de fundo, embora se apliquem aos cidadãos que se envolvam em questões

²⁴ Relacionada à estrutura básica da sociedade.

²⁵ Será discutido na seção 2.

políticas em fóruns públicos, aplicando-se aos membros de partidos políticos, candidatos em campanhas eleitorais e grupos que os apoiam (RAWLS, 2011, p. 253-254).

A razão pública, dessa forma, é aplicada aos cidadãos comuns, não somente nas circunstâncias acima, mas também para as leis que devem ser cumpridas e para as políticas que a sociedade segue, como também uns em relação aos outros pelo ideal de razão pública. A transcrição abaixo sinaliza esse entendimento:

Como pessoas razoáveis e racionais e sabendo-se que professam uma diversidade de doutrinas religiosas e filosóficas, os cidadãos devem se dispor a explicar as bases de suas ações uns aos outros em termos que cada qual possa razoavelmente esperar que os demais julguem consistentes com sua liberdade e igualdade. Procurar satisfazer essa condição é uma das tarefas que esse ideal de política democrática exige de nós. Entender como se deve conduzir a si próprio como cidadão democrático inclui entender um ideal da razão pública. (RAWLS, 2011, p. 254-257)

Por conseguinte, significa que, pelo fato do pluralismo, os indivíduos em discussões envolvendo a justiça da estrutura básica, devem expor seus fundamentos, insurgências e pleitos com base na razão pública. Em outras palavras, como cidadãos razoáveis e racionais, os indivíduos devem levar em conta os princípios da justiça escolhidos e incorporados nas instituições da estrutura básica e, em suas vidas pessoais, como ideal da razão pública, para que seja preservada as liberdades básicas iguais na estrutura básica da sociedade.

Assim, deve haver uma coerência da concepção política de justiça equitativa como um todo, a qual possui uma função ampla de incorporar na cultura política pública que os princípios fazem parte das instituições da estrutura básica e a eles se recorre para resolver controvérsias que surgirem e, também, uma função restrita, no sentido que os princípios devem ser seguidos pela sociedade para que seja duradoura e estável (RAWLS, 2003, p. 79).

Além dos cidadãos comuns, a razão pública é aplicada às autoridades estatais, como o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Rawls (2011) considera importante o papel do Judiciário²⁶ na aplicação da razão pública por meio de suas decisões. O objetivo do consenso sobreposto é que os cidadãos respeitem a razão pública por um dever moral de civilidade, decorrentes dos valores políticos da razão pública, e não necessariamente por um dever legal.

Rawls (2011) entende que as razões dos cidadãos (valores morais), que se baseiam em doutrinas abrangentes, não devem ser introduzidas na razão pública, principalmente quando se está diante de uma sociedade bem-ordenada em que os cidadãos reconhecem e respeitam os princípios da justiça e os ideais da razão pública. Nesta hipótese, devem recorrer aos valores

²⁶ A importância dada por Rawls ao Poder Judiciário gerou críticas formuladas por Habermas que no decorrer deste trabalho serão apresentadas de forma sucinta, por não ser o foco da pesquisa, mas por envolver o Judiciário, imperiosa a abordagem.

políticos para a resolução dos conflitos que houver. E, por se tratar de sociedade bem-ordenada, os próprios membros dessa sociedade se conformam com uma visão exclusiva da razão pública.

Contudo, existe a visão inclusiva da razão pública também aceita por Rawls (2011), em algumas circunstâncias específicas. Conforme o filósofo, os cidadãos podem apresentar razões baseadas em valores morais (fundamentadas em doutrinas abrangentes), desde que se trate de uma sociedade quase bem-ordenada e haja conflito na aplicação de algum dos seus princípios de justiça ou, quando se está diante de uma sociedade não bem-ordenada. Desta forma, os limites da razão pública (exclusiva ou inclusiva) variam de acordo com as condições históricas e sociais vigentes, mas tendo-se como ponto central a necessidade dos cidadãos estarem motivados a respeitar o ideal da razão pública (RAWLS, 2011).

Após a eleição dos princípios, estes ainda estão demasiadamente abstratos, é iniciada a fase para dar corpo, por meio da definição das principais instituições que compõem a estrutura básica, e onde a segunda parte do acordo também será implementada (sobre os valores políticos da razão pública). Assim, as partes passam a desenhar toda a estrutura das instituições básicas, onde os princípios serão aplicados, que ocorre por meio de uma sequência de quatro estágios, de modo a estabelecer quais tipos de normas e de informação devem orientar os juízos políticos de justiça, conforme o objeto e contexto em que se aplicam (RAWLS, 2011). Na seção 2 será analisada a estrutura básica e como Rawls moldou as instituições da teoria.

Denota-se, pela estrutura da posição original, que a teoria de justiça de Rawls possui pressupostos morais, ao estabelecer concepções normativas, que indicam um dever ser sobre pessoa, sociedade bem-ordenada, assim como as ideias de cooperação social. Essas concepções normativas levam a confundir o político e o moral em sua teoria, mas sobressaindo-se como uma teoria em que a moral é a base do político. Até mesmo quanto aos bens primários, pelas restrições do razoável (véu da ignorância), utiliza valores morais.

A moral presente em sua teoria conduz a traços semelhantes à doutrina kantiana, assim como ao idealismo relacionados às concepções enquadradas na ideia do dever ser. Rawls (2016, p. 311), inclusive, reconhece a aproximação de sua teoria a de Kant e chama de “interpretação kantiana da justiça como equidade”, eis que os princípios da justiça são análogos aos imperativos categóricos, pois as partes, de forma racional e autônoma, escolhem esses princípios, na qualidade de pessoas iguais e livres, da mesma forma como Kant supõe que a sua legislação moral deve ser acatada.

Os princípios da justiça como equidade escolhidos pelas partes são extraídos de pessoas morais e, no sentido apresentado, levam à noção de tratar as pessoas com respeito, conduzindo ao mesmo entendimento firmado por Kant no que concerne a tratar as pessoas como um fim

em si mesmo e, portanto, às ideias de dignidade da pessoa humana. Rawls (2016) afirma que, para os princípios se tornarem efetivos, de forma espontânea pelas partes, depende do senso de justiça dos homens, portanto, de se respeitarem uns aos outros. Contudo, essa ideia de respeito ao próximo e a si mesmo não constitui a base para se chegar aos princípios de justiça de Rawls, diferenciando-se de Kant.

Em contrapartida, reconhece que, escolhidos os princípios, o ato do indivíduo “reconhecer que possuem uma inviolabilidade fundamentada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode sobrepujar”, constitui o respeito pelas pessoas (RAWLS, 2016, p. 723). Dessa forma, Rawls reconhece que a teoria da justiça como equidade admite a dignidade da pessoa humana, pois em termos práticos o resultado seria o mesmo, mas como não admite doutrina abrangente na escolha dos princípios, sua teoria não é construída por meio dessa ideia. Em suas palavras:

As prioridades lexicais da justiça representam o valor das pessoas que Kant afirma não ter preço. A teoria da justiça oferece uma tradução dessas ideias, mas não podemos partir delas [...]. Essas observações nos trazem de volta à convicção de senso comum, que comentamos no início, de que a justiça é a principal virtude das instituições sociais” [...], assim como a verdade é o dos sistemas de pensamento. Por mais elegante e econômica que seja, deve-se rejeitar ou retificar a teoria que não seja verdadeira; da mesma maneira que as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. (RAWLS, 2016, p. 4 e 723).

Dentro dessa concepção, Rawls parte de princípios de justiça para serem aplicados nas instituições da estrutura básica da sociedade e, assim, devem ser seguidos por todos dentro dessa estrutura básica e, desse modo, conduz as pessoas a agirem com respeito por si mesmas e com outros, decorrente do respeito às instituições que estão em conformidade com os princípios da justiça escolhidos. Por conseguinte, as instituições da estrutura básica possuem uma importância enorme, pois sua justiça de fundo deve garantir que os princípios sejam não apenas formalmente garantidos, mas materialmente, sem deixar de considerar que os princípios da justiça correspondem aos próprios bens primários e que também coincidem com os direitos humanos. As lições de Brito Filho sobre a justiça distributiva de Rawls apontam:

[...]a noção do autor de justiça distributiva, não só se justifica a concessão dos direitos indispensáveis das pessoas: os Direitos Humanos, mas, na proporção do que for necessário para que cada pessoa tenha o direito assegurado, respeitadas suas particularidades. Assim, nem há exclusão, nem nivelamento, que é sempre feito em patamar que não atende a todos (BRITO FILHO, 2015, p.72).

Nesse mister, pela teoria rawlsiana, todos devem usufruir de bens primários, na estrutura básica, necessários para seguirem seus planos de vida, qualquer que sejam esses objetivos.

Esses bens primários são equivalentes aos direitos humanos²⁷ em quantidades suficientes para uma vida digna e capaz de levar qualquer ser humano a seguir suas metas de vida, considerando suas particularidades²⁸.

Contudo, Rawls entende que existem os direitos humanos para qualquer nação e, portanto, que não podem ser rejeitados, já que não conflitam com os ideais liberais e, assim, pode existir um convívio entre as civilizações. Ele aborda este assunto no estudo dos direitos entre as sociedades e não em uma sociedade fechada, em que contempla a concepção da justiça política como equidade. Neste sentido, considera como direitos humanos básicos que não podem ser rejeitados por qualquer nação (e não para sociedades que adotam a sua concepção política de justiça equitativa, já que nestas vigora o Estado Democrático), os seguintes:

Direito à vida (aos meios de subsistência e segurança); à liberdade (à liberdade de escravidão, servidão e ocupação forçada, e uma medida de liberdade consciência suficiente para assegurar a liberdade de religião e de pensamento); à propriedade (propriedade pessoal) e à igualdade formal como expressa pelas regras da justiça natural (isto é, que casos similares devem ser tratados de maneira similar) (RAWLS, 2019, p. 85).

Com efeito, Rawls divide os direitos humanos, em geral, para qualquer sociedade e os direitos humanos para uma sociedade liberal e democrática, sendo que os direitos humanos em geral incluem o direito à vida, com os meios necessários para subsistência e segurança; o direito à liberdade - de modo a assegurar liberdade de religião e pensamento e de consciência - , sendo que essa liberdade, inclui o de não ser escravizado em hipótese nenhuma, inclusive a proibição do trabalho forçado; o direito de propriedade pessoal, no sentido de ter uma residência (casa própria) por exemplo, e não o direito de propriedade privada dos meios de produção, tendo em vista que a propriedade pessoal visa apenas proporcionar uma base material suficiente para a independência pessoal e para o sentimento de autorrespeito, necessários para o desenvolvimento das duas faculdades morais; além do direito à igualdade formal, como expressa pelas regras da justiça. Esses direitos humanos básicos para qualquer sociedade podem ser reconhecidos universalmente.

Freeman, assim resume as ideias de Rawls sobre direitos humanos:

A centralidade da cooperação social no relato de justiça de Rawls se manifesta mais uma vez em sua definição de direitos humanos em termos das condições necessárias para se envolver em qualquer tipo de cooperação social. Os direitos humanos são considerados as liberdades, poderes e proteções mínimos que qualquer pessoa precisa para o desenvolvimento e exercício mais básicos dos poderes morais que lhe permitem

²⁷ Sobre direitos humanos, serão analisados na seção 3, quando da avaliação do contexto internacional.

²⁸ No sentido de seus dons e talentos pessoais, como também ao seu conjunto capacitário, como já discorrido linhas atrás.

se engajar na cooperação social em qualquer sociedade. Direitos liberais, por outro lado, são as liberdades, poderes e proteções necessárias para o pleno desenvolvimento e exercício adequado dos poderes morais em uma sociedade liberal e democrática. Os direitos liberais dependem de um ideal de pessoas e cidadãos - como agentes livres, auto reflexivos e autônomos, com um bem próprio que eles aceitaram livremente. Por mais importante e inspirador que esse ideal liberal da pessoa seja, negar especificamente a uma pessoa direitos e liberdades liberais não é tão flagrante quanto o fracasso, implícito na negação de direitos humanos, de reconhecer que se é uma pessoa que deve respeito moral e consideração pelas condições essenciais da existência (FREEMAN, 2007, p. 436 – tradução nossa).

Portanto, as liberdades, os poderes e as proteções necessárias para o pleno desenvolvimento e exercício adequado dos poderes morais em uma sociedade liberal e democrática não são incluídos entre os direitos humanos básicos para qualquer sociedade, pois são necessários apenas para sociedades democráticas e liberais.

Com efeito, a garantia dos direitos humanos básicos de uma sociedade democrática e liberal é capaz de permitir a aceitação pelas pessoas da concepção de justiça como equidade e, assim, a cooperação social, pois poderão seguir seus planos de vida na sociedade em que vivem. Essa garantia deve ocorrer na estrutura básica de uma sociedade democrática. Portanto, além dos direitos humanos básicos, devem ser garantidos os direitos liberais que dependem de um ideal de pessoas e cidadãos, na forma da teoria ideal de Rawls.

Neste sentido, satisfeita a concepção de justiça rawlsiana em uma sociedade, tem-se a realização do princípio da justiça social, pois uma vez garantido os direitos humanos básicos e democráticos em igualdade de condições na estrutura básica, resolve-se a questão das desigualdades sociais.

O trecho abaixo, traz a noção do que seja justiça social:

Seria bom também resumir nossas conclusões sobre a noção de justiça. O princípio da justiça social reside na ideia de que todos os homens têm reivindicações iguais a todas as vantagens geralmente desejadas e que estão em fato conducente à perfeição humana e à felicidade humana. Isso tem dois principais aspectos: primeiro, a equalização da condição humana em relação aos ativos de capital humanos e inanimados, isto é, os pré-requisitos de uma vida boa. Isso envolve reivindicações iguais às necessidades da vida, à própria vida, saúde, comida, abrigo, etc., e também a igualdade de oportunidades, tanto para o trabalho quanto para o prazer. O segundo aspecto do princípio da justiça social consiste nos princípios de não discriminação e conformidade com as regras. Isso garante que o que foi acordado sob o primeiro título não serão retirados posteriormente. Lá existem algumas exceções ao princípio da justiça social [...]. Essas exceções se enquadram em subordinado princípios de justiça, (HANORE, 1962, p. 77-105, tradução da autora)

Resta elucidado que há justiça social quando preenchidos os pré-requisitos de uma vida digna, no sentido de vida boa, a todos os seres humanos, conforme suas próprias convicções morais. Com efeito, a satisfação do princípio da justiça social reside nos seres humanos terem

acesso aos bens primários básicos, correspondentes aos direitos humanos básicos. Assim, em uma sociedade democrática liberal, são os direitos humanos liberais básicos para que possam ter uma vida boa e digna e com capacidade de perseguirem seus planos de vida, os quais podem ir além desses direitos humanos básicos. Para Rawls, a justiça social se satisfaz na estrutura básica da sociedade, sendo que as desigualdades serão permitidas, a partir dessa estrutura basal justa, desde que haja o favorecimento dos menos beneficiados à luz do princípio da diferença.

Na próxima seção, será investigado se a teoria de Rawls é factível e aplicável em uma sociedade não ideal e porque foi considerada um marco na história para os estudiosos do direito, da sociologia e da filosofia, na busca do ideal de justiça social.

1.2 APLICABILIDADE DA TEORIA

Uma intrigante questão surge a respeito dos motivos que levam as partes livres e iguais a escolherem os princípios da justiça mencionados na subseção anterior. Torna-se necessária esta pesquisa para confirmar se, de fato, a teoria é plausível e exequível e, assim, pode ser utilizada no mundo não ideal e real, como na sociedade brasileira, no sentido de analisar o papel do Poder Judiciário Trabalhista, que será examinado na seção 4.

Os princípios da justiça não são aplicados diretamente para determinar ações individuais, mas para as regras das instituições que constituem a estrutura básica da sociedade, de modo que, moldada essa estrutura básica por princípios da justiça, os cidadãos que nela vivem também usufruirão desses princípios.

Neste aspecto, Freeman (2007) lembra que a teoria rawlsiana se aproximou da filosofia de Hegel, ao estabelecer uma reconciliação das pessoas com o mundo social. Contudo, conforme cita o autor: “essa “reconciliação” não pode ocorrer no mundo social atual como é agora, mas apenas em uma sociedade da justiça bem-ordenada, onde pessoas razoáveis geralmente aceitam publicamente essa concepção liberal igualitária da justiça” (FREEMAN, 2007, p. 27, tradução nossa).

O próprio Rawls, assim, dispõe:

Tornar-se reconciliado com o mundo social não significa resignar-se a ele [...]. Pelo contrário, reconciliação significa que passamos a ver nosso mundo social como uma forma de vida em instituições políticas e sociais que realizam nossa essência - isto é, a base de nossa dignidade como pessoas livres. (RAWLS, 2003, p. 4)

Por esta passagem acima transcrita, Rawls demonstra o que foi explicitado na subseção anterior no que concerne às ideias de respeito e de dignidade humana, mas partindo-se das instituições sociais alicerçadas por princípios de justiça dentro da estrutura básica. Importante

destacar que Rawls (2003) teve cuidado ao invocar a reconciliação, para não ser confundida sua teoria com uma ideologia, no sentido das críticas de Marx ao liberalismo, ou seja, de maneira a ser usada de modo corrupto para defender um *status quo* injusto e indigno.

Para tanto, desenvolve uma teoria ideal²⁹, que parte do exame dos limites do que é possível ser praticável, à medida em que analisa um regime democrático que possa realizar seus valores (liberdade e igualdade), sendo, pois, “realisticamente utópica”, como pondera Rawls (2003, p. 5). Em suas palavras: “até que ponto, no nosso mundo (dadas suas leis e tendências), um regime democrático pode atingir a completa realização de seus valores políticos pertinentes – a perfeita democracia, se preferirem” (RAWLS, 2003, p. 18). Em contrapartida, a teoria ideal ajuda a enxergar as injustiças do mundo real (teoria não ideal) e a identificar o que precisa ser mudado (RAWLS, 2003).

A teoria busca um acordo na posição original que especifique os termos justos para uma sociedade democrática (considerada um sistema de cooperação social entre cidadãos livres e iguais), motivo pelo qual é denominada justiça como equidade, tendo em vista que qualquer acordo nestas condições é equitativo (RAWLS, 2003).

Com fins de dar clareza e justificar a escolha dos princípios, objeto da indagação inicial feita no início dessa subseção, Rawls utiliza um método heurístico, denominado de *regra maximin*, para as partes organizarem suas deliberações. Por esta regra, identifica-se o pior resultado de cada alternativa possível, e a escolha é feita pela alternativa cujo pior resultado é o melhor de que os piores resultados de todas as outras alternativas (RAWLS, 2003). Portanto, as partes agem com racionalidade e não por meio da metafísica. Em suas palavras:

Para seguir esta regra, ao escolher princípios de justiça para a estrutura básica procuramos as piores posições sociais admissíveis quando essa estrutura é efetivamente regulada por aqueles princípios em várias circunstâncias (RAWLS, 2003, p. 137)

Neste sentido, as alternativas possíveis são formuladas visando atender uma sociedade democrática e que sejam satisfeitas as exigências da liberdade e da igualdade. Tendo-se isso em mente, busca-se na cultura política pública³⁰, de uma sociedade democrática, ideias familiares

²⁹ A idealização constante da sua teoria, que a define com uma base moral, ajuda a resolver problemas de uma teoria não ideal, como por exemplo, nos casos difíceis em que é preciso lidar com as injustiças existentes, além de ajudar a identificar as piores iniquidades, de modo a definir o que urgentemente precisa de mudanças no mundo real.

³⁰ Busca-se em textos públicos básicos, tais como: constituições, declarações de direitos humanos e na tradição histórica de interpretação desses textos. Para encontrar essas respostas são analisados tribunais, partidos políticos, homens de estado, como também literatura sobre direito constitucional e jurisprudência, assim como todo tipo de escritos mais duradouros relativos à filosofia política de uma sociedade. Concepção ampla sobre bem e análise das circunstâncias da justiça (RAWLS, 2003, p. 27)

que possam ser trabalhadas e transformadas em uma concepção de justiça política. Com base nos dados assimilados é compreendido que a sociedade democrática corresponde um sistema cooperativo social porque seus cidadãos consideram que sua ordem social é constituída por diversas doutrinas abrangentes razoáveis e não por uma ordem natural fixa de apenas uma doutrina abrangente. Em seus escritos, Rawls assim concebe sociedade democrática:

a sociedade democrática é tida como um sistema cooperativo social, pelo fato de que, de ponto de vista político e no contexto da discussão pública das questões básicas de justiça política, seus cidadãos não consideram sua ordem social uma ordem natural fixa, ou uma estrutura institucional justificada por doutrinas religiosas ou princípios hierárquicos que expressam valores aristocráticos” (RAWLS, 2003, p. 8).

Neste diapasão, a ideia central fundamental é que a sociedade, na qual os princípios escolhidos serão aplicados, é considerada como um sistema equitativo de cooperação social que se perpetua de uma geração para outra (RAWLS, 2003). Associa-se, a esta ideia central fundamental, a proposta que os cidadãos são livres e iguais e que a sociedade é bem-ordenada, ou seja, regulada por uma concepção de justiça que todos aceitam e respeitam, conduzindo a ideia do pluralismo razoável.

Desta forma, idealizada a sociedade almejada, torna-se possível a utilização do método heurístico, por meio da comparação das possíveis concepções de justiça para esta sociedade, vista como um sistema equitativo de cooperação social, por meio de um equilíbrio reflexivo amplo e geral³¹. E a posição original, como procedimento de representação, serve de modelo para saber se funciona e o que se precisa para a sociedade democrática pretendida.

Outra importante questão, apresentada por Rawls, é a ideia de cooperação social e suas duas ideias correlatas expostas acima, como critérios de organização e não como argumentos dedutivos para se extrair os princípios de justiça, tendo em vista que são baseadas na análise de fatos históricos gerais relacionados à cultura política, à cultura democrática e às circunstâncias da justiça³², que se vinculam ao senso comum da vida cotidiana (RAWLS, 2016). Portanto, por

³¹ Significa que os cidadãos, livres e iguais, são capazes de razão teórica e prática e ter senso de justiça. Conforme Rawls, “entendemos por equilíbrio reflexivo amplo (ainda no caso de uma pessoa) o equilíbrio reflexivo alcançado quando alguém considerou cuidadosamente outras concepções de justiça e a força dos vários argumentos que as sustentam

³² De acordo com Rawls: “As circunstâncias da justiça refletem as condições históricas sob as quais as sociedades contemporâneas existem. Isso inclui o que poderíamos chamar de circunstâncias objetivas de escassez moderada de bens e a necessidade de cooperação social para que todos tenham um padrão de vida decente. De especial importância são também as circunstâncias que refletem o fato de que numa sociedade democrática moderna cidadãos afirmam doutrinas abrangentes diferentes, ou até incomensuráveis e irreconciliáveis, embora razoáveis, à luz das quais entendem suas concepções do bem. Nisso consiste o fato do pluralismo razoável (§ 11). Não existe maneira politicamente praticável de eliminar essa diversidade, exceto pelo uso opressivo do poder estatal para impor uma determinada doutrina abrangente e silenciar toda dissensão, o que denomino fato da opressão (§11). É algo que se evidencia não só na história dos estados democráticos, mas também no desenvolvimento das ideias e da cultura no contexto de instituições livres. Consideramos esse pluralismo um aspecto permanente

meio dessas ideias outras vão surgindo para o desenvolvimento da concepção política de justiça, inclusive a escolha de um modelo constitucional³³ (RAWLS, 2003). Neste compasso, os princípios não são deduzidos³⁴ da posição original, mas selecionados por uma lista, e a regra *maximin* é um critério útil para seleção, com vista a ser atingindo o consenso sobreposto razoável. Sobre o consenso sobreposto:

A noção de consenso sobreposto é introduzida para tornar a noção de sociedade bem-ordenada mais realista e ajustá-la às condições históricas e sociais de sociedades democráticas, que incluem o fato do pluralismo razoável. Embora numa sociedade bem-ordenada todos os cidadãos afirmem a mesma concepção política de justiça, não supomos que eles façam sempre pelas mesmas razões. (RAWLS, 2003, p. 44-45)

Com base no consenso sobreposto, a concepção política de justiça não é um mero *modus vivendi*, em que apenas uma doutrina abrangente se estabelece pela força do poder opressivo do Estado³⁵ e que com o tempo pode aparentar um consenso sobreposto, pela aceitação do princípio da tolerância, por exemplo, mas que na realidade constitui prevalência ou mesmo imposição de uma doutrina abrangente sobre outra. *Modus vivendi* não conduz à estabilidade, já que conforme a mudança de poder e a doutrina abrangente que representa, a concepção política de justiça pode ser alterada, enquanto que a concepção política de justiça de um consenso sobreposto independe da força política das concepções abrangentes de seus cidadãos.

Ademais, pelo consenso, as partes consideradas livres e iguais e plenamente capazes da razão, na hipótese de divergência, chegam em premissas comuns que podem, de forma razoável, publicamente endossar (RAWLS, 2003).

Assim, após toda essa análise dos fatos históricos de uma sociedade democrática, a que se denomina de cultura de fundo, bem como das circunstâncias da justiça, os dois princípios de justiça como equidade são escolhidos por meio de um método heurístico³⁶, com base na *regra maximin*. Dessa forma, fica demonstrado que a concepção de justiça de Rawls não é utópica³⁷, pelo contrário, é exequível e de possível aplicabilidade, por conseguir extrair os princípios que

de uma sociedade democrática, que caracteriza o que chamaríamos de circunstâncias subjetivas da justiça” (RAWLS, 2003, p. 118).

³³ Para Rawls (2016) uma sociedade se desenvolve melhor em um modelo constitucional.

³⁴ Rawls (2003) considera que o ideal seria a utilização de método dedutivo, porém fica longe desse ideal e é altamente intuitivo, mas que não entende isso como defeito, pois corresponde ao uso da razão prática.

³⁵ Rawls denomina de fato da opressão o uso opressivo do poder do estado e exemplifica que isso ocorre quando “a adesão coletiva continuada a apenas uma doutrina abrangente só se mantém pelo uso opressivo do poder do estado, com todos os seus crimes oficiais e as inevitáveis brutalidades e crueldades, seguidas da corrupção da religião, filosofia e ciência” (RAWLS, 2003, p. 47). A título de exemplo, cita a sociedade da Idade Média, mais ou menos unificada em torno da fé católica e considera que a Inquisição não foi um mero acidente, sendo que a supressão da heresia era necessária para a preservar a crença religiosa comum (RAWLS, 2003).

³⁶ A heurística foi usada por Kant e outros filósofos também, e demonstra o racionalismo da teoria. Rawls usa o racional e o empirismo. Os fundamentos de toda ciência empírica são as observações.

³⁷ Mas sendo realisticamente utópica, como descrito anteriormente.

melhor se encaixam para garantir uma sociedade democrática (constitucional) liberal e igualitária.

As características da heurística, podem assim ser descritas:

Embora o seu uso metodológico esteja intimamente ligado ao caminho para se chegar ao descobrimento de algo, um método heurístico, seja ele filosófico ou científico, remete a uma ideia de resolução de um problema através de meios rápidos, concretos e genéricos, possibilitando inovações e descobertas. Essas descobertas são feitas de forma intuitiva e baseadas nas circunstâncias, gerando um novo conhecimento, muitas vezes através de tentativa e erro. [...]. Desse modo, pode-se dizer que a heurística é uma parte do método científico-filosófico que visa o descobrimento por si mesmo de uma verdade [...] os métodos heurísticos englobam estratégias, procedimentos e métodos de aproximação tentativa/erro, sempre na procura da melhor forma de se chegar a um determinado fim, seja um problema científico, seja um problema filosófico (LOPES, 2018).

Dessa forma, Rawls se utiliza de um recurso heurístico para formular a argumentação da eleição dos princípios da justiça e, pelas regras do princípio *maximin*, sustenta que sua teoria tem cunho político e não metafísico, razão por ser plausível e aplicável (LOPES, 2018).

Assim, pela regra *maximin*, as alternativas são julgadas melhores ou piores conforme os interesses fundamentais das partes, que correspondem aos interesses dos cidadãos livres e iguais. Na realidade, Rawls não considera essencial que as partes utilizem a regra *maximin* na posição original, trata-se apenas de um procedimento heurístico útil para descartar a metafísica e justificar as escolhas dos princípios da justiça que compõem a concepção política da justiça como equidade (RAWLS, 2003).

Pela regra *maximin*, as partes comparam duas alternativas por vez. Assim, comparam os dois princípios com as outras alternativas disponíveis na lista e se os dois princípios forem “corroborados por um equilíbrio de razões mais fortes em cada comparação, o argumento fica completo e os princípios são adotados” (RAWLS, 2003, p. 134). Efetivamente, Rawls descreve o argumento da regra *maximin*, da seguinte forma:

- (I) Caso existam condições nas quais é racional guiar-se pela regra *maximin* no estabelecimento do acordo em torno dos princípios da justiça para a estrutura básica, então, sob essas condições, as partes dariam seu assentimento aos dois princípios de justiça e não ao princípio da utilidade média.
- (II) Existem certas condições, três em particular, em que, quando elas prevalecem, é racional guiar-se pela regra *maximin* no estabelecimento de acordos em torno dos princípios de justiça para estrutura básica.
- (III) Essas três condições prevalecem na posição original.
- (IV) Portanto, as partes dão seu assentimento aos dois princípios e não ao princípio da utilidade média (RAWLS, 2003, p. 138).

As três condições necessárias³⁸ para as partes seguirem as regras *maximin*, conforme

³⁸ Não há necessidade que as três condições prevaleçam por completo nas comparações (RAWLS, 2003, p. 140).

disposto na transcrição acima são, em suma: 1) que as partes não têm possibilidade de aplicar regras de probabilidade, já que não terão bases confiáveis para analisar a probabilidade de suas circunstâncias sociais para a escolha dos interesses das pessoas que representam, apenas têm incertezas³⁹; 2) as partes avaliam pelos piores resultados e, portanto, não se detém no que pode ser o melhor resultado para as partes que representam, mas devem apenas assegurar o melhor pior resultado do nível assegurável, pois abaixo desse nível é intolerável e deve ser evitado; e, 3) que os piores resultados de todas as alternativas possíveis estejam significativamente abaixo do nível assegurável (RAWLS, 2003).

Nesse aspecto, o nível assegurável não corresponde a um nível natural, abaixo do qual a utilidade individual cai para um infinito negativo. Na realidade, Rawls (2003) defende um nível mínimo satisfatório não decorrente da natureza, mas da ordem social, sendo que esse nível corresponde à situação dos menos favorecidos da sociedade bem-ordenada, considerada como a que realiza os dois princípios da justiça. Sendo assim, não é o mínimo natural equivalente ao mínimo necessário de bens para uma sobrevivência, pois este se pressupõe que exista numa sociedade que aplica os princípios da justiça, tendo em vista ser bem-ordenada.

Portanto, os agentes na utilização da *maximin* irão maximizar a utilidade esperada⁴⁰, embora não saibam o conteúdo concreto dessa utilidade, já que estão sob o véu da ignorância e têm apenas uma concepção da teoria fraca do bem, conforme mencionado na subseção anterior. Portanto, a utilidade esperada constitui os interesses fundamentais de cidadão livres e iguais para uma sociedade democrática, sendo que a ordem das alternativas dos piores e melhores interesses é estabelecida por uma simples regra matemática (RAWLS, 2003).

Este entendimento pode ser extraído da seguinte passagem da obra de Rawls:

As partes utilizam uma função da utilidade (inclino-me a chamar assim) construída de forma a tentar refletir as concepções normativas ideais empregadas para organizar a justiça como equidade, ou seja, as ideais de sociedade como um sistema equitativo de cooperação e de cidadãos livres e iguais, caracterizados pelas duas faculdades morais e assim por diante. Essa função de utilidade construída baseia-se nas necessidades e exigências dos cidadãos – seus interesses fundamentais – concebidos da forma acima descrita; não se baseia nos efetivos interesses e preferências das pessoas (RAWLS, 2003, p. 151).

³⁹ Rawls (2003) esclarece que as partes não têm aversão à incerteza na posição original, já que a forma como foi moldada não dispõem das condições especiais da psicologia moral, como comentada na subseção anterior. Dessa forma, evitam a incerteza porque é racional para as partes, na qualidade de representantes dos cidadãos e “responsáveis pelo bem determinado e completo (e desconhecido) dos cidadãos, deliberar desse modo, dada a suprema importância de estabelecer uma concepção pública de justiça que garanta os direitos e liberdades básicos”. (RAWLS, 2003, p. 150)

⁴⁰ Rawls (2003, p. 151-153) denomina a utilidade esperada como função de utilidade e associa a uma representação matemática que codifica certas características básicas dos pressupostos normativos das partes. E considerada que essa representação não é capaz de dizer nada sobre o conteúdo da justiça como equidade e muito menos equivale à ideia substantiva de utilidade na tradição do utilitarismo.

Seguindo a regra *maximin*, em primeiro, é feita uma comparação com base na história do pensamento democrático, surgindo duas concepções contrastantes: uma é a ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação, que decorre da tradição do contrato social; e a outra corresponde uma sociedade como sistema social organizado, com o intuito de produzir o bem máximo a todos os seus membros, sendo que este bem é fundamentado em doutrina abrangente, oriundo da tradição utilitarista (RAWLS, 2003).

Desta forma, o primeiro tipo de sociedade se amolda melhor à igualdade e à reciprocidade. Nesse sentido, a igualdade com relação à igualdade de direitos, liberdades e oportunidades equitativas básicas e na reciprocidade, o princípio da diferença pode ser considerado. Assim, nesta primeira comparação, os dois princípios são analisados como um todo e já se pode perceber que as razões que favorecem o primeiro princípio da justiça como equidade (liberdades básicas iguais) se distinguem das razões que favorecem o segundo princípio da justiça (princípio da diferença).

Nesta primeira comparação, a utilização do critério da incerteza da regra *maximin* favorece a escolha das liberdades básicas, eis que protegem interesses fundamentais de particular relevância, já que proporcionam um complemento adequado aos bens primários necessários para serem exercidas e desfrutadas, e as partes não as colocariam em riscos. Por tais razões, ainda tem prioridade sobre o princípio da diferença⁴¹, contribuindo para a estabilidade das razões⁴² (RAWLS, 2003).

Portanto, na análise das alternativas, as partes verificam que a utilidade média pode restringir ou suprimir direitos e liberdades básicos, enquanto que os princípios equitativos não, além desses últimos garantirem um nível assecuratório altamente satisfatório, o que não

⁴¹ Objeção a esta escolha seria o argumento das partes agirem de forma irracional por terem aversão à incerteza, mas como explicado antes, às partes estão sob a restrição do véu da ignorância (concepção normativa) e escolhem por ser racional deliberar desse modo, dada a importância dos direitos e liberdades básicas. Conforme Rawls afirma: “Existem algumas coisas de que não podemos abdicar; elas são inegociáveis. Se o defensor da utilidade média rejeitar isso, teremos chegado a um impasse”. (2003, p. 146). Outra objeção é a possibilidade de conflito entre as liberdades, e elas sofrerem restrição, mas Rawls argumenta que a liberdade não é absoluta e pode sofrer restrição apenas por outra liberdade, pois há uma divisão das liberdades básicas, conforme explicitado na subseção anterior. Além disso, a prioridade da liberdade (primeiro princípio) significa que só “pode ser limitada ou negada em benefício de outra ou outras liberdades básicas, e nunca em favor de um bem público maior entendido como um saldo líquido maior de vantagens sociais e econômicas para a sociedade como um todo” (RAWLS, 2003, p. 156). Ademais, as liberdades básicas podem ser reguladas que se difere de restrição, para fins de organização social, por exemplo, mas não restringidas na forma do parágrafo anterior (RAWLS, 2003).

⁴² Conforme Rawls: “a estabilidade resulta primeiro da disponibilidade de princípios que garantam os interesses fundamentais dos cidadãos, e, em segundo lugar, de a motivação das partes consistir em assegurar esses interesses acima de tudo. Quando os interesses fundamentais de todos são satisfeitos, temos estabilidade. Desta maneira a estabilidade é uma simples consequência da forma como a posição original é estruturada. Podemos chamar isso de estabilidade das razões: depende em parte do que motiva as partes”. (RAWLS, 2003, p. 155)

ocorreria com a utilidade média que pode levar esse nível a ficar intolerável e abaixo do mínimo e, por isso, as partes não deixariam seus representantes correrem tais riscos. Ademais, as partes devem acordar uma concepção que possam cumprir, e se a utilidade média pode restringir liberdades básicas em prol de um proveito econômico ou social de uma maioria, por exemplo, no mundo real, nem todos, principalmente os prejudicados, aceitariam cumprir voluntariamente essa concepção de justiça. Assim, a utilidade média perde na comparação, pois leva a um acordo com exigências excessivas que podem não ser cumpridas ou violadas, acarretando a instabilidade da concepção da justiça, pois não garante o comprometimento e a reciprocidade das partes (RAWLS, 2016).

Abaixo, as palavras de Rawls, dos motivos da utilidade média não poder ser a melhor escolha, em face da maioria das vezes prevalecer a terceira condição da regra *maximin*:

Mas para defendê-las não temos de invocar desrespeitos tão drásticos à liberdade como a escravidão, ou a servidão, ou perseguições religiosas opressivas. Consideremos, antes, um possível equilíbrio de vantagens sociais para uma maioria considerável pela limitação das liberdades políticas e religiosas de minorias pequenas e fracas. Aparentemente, o princípio de utilidade média admite resultados possíveis que, para as partes, enquanto fiduciárias, são ao mesmo tempo inaceitáveis e intoleráveis. Portanto, a terceira condição prevalece em grande medida. (RAWLS, 2003, p. 141-142)

Esta primeira comparação, embora não confira suporte na escolha do princípio da diferença, mas por serem analisados em conjunto, ou seja, os dois princípios (liberdades básicas iguais e da diferença) comparados com o princípio da utilidade média, acaba por prevalecer sobre este último.

Nota-se, nesta primeira acareação, a prioridade das liberdades básicas iguais em relação ao princípio da diferença. Além disso, demonstra-se que as liberdades básicas iguais (primeiro princípio da justiça como equidade) constituem meio alternativo para as concepções de justiça política encontradas no utilitarismo, no perfeccionismo e no intuicionismo⁴³. Rawls (2003) ressalta que as concepções de liberdades básicas iguais têm predominado na tradição política, fato este que pode ser observado pelos direitos consagrados pelos principais textos internacionais, que melhor serão analisados na seção 3, além do próprio Rawls considerar que

⁴³ Para o utilitarismo, a moralidade de um ato é calculada, ela não é determinada a partir de um princípio diante de um valor intrínseco. Este cálculo leva em conta as consequências de um ato e avalia seu impacto sobre o bem-estar do maior número de pessoas. Perfeccionismo: são posicionamentos “éticos que incorporam o princípio da perfeição, e sustentam que a conquista de excelências humanas na arte, ciência e cultura constitui o bem humano. O princípio da perfeição é um princípio moral do direito que define deveres em termos de conduta e instituições necessárias para promover efetivamente perfeições” (FREEMAN, 2007, p. 477). Intuicionismo: “teorias morais que consistem, primeiro, em uma pluralidade de primeiros princípios que podem entrar em conflito e dar diretrizes contrárias; e segundo, que não incluem regras de prioridade para princípios ou outro método explícito para pesar princípios quando conflitam. Então, um equilíbrio é atingido pela intuição, fazendo o que parece quase certo” (FREEMAN, 2007, p. 474).

tem os mesmos propósitos da dignidade da pessoa, analisado no item 1.1.

Importante registrar que a escolha desse princípio como prioritário, desde o primeiro momento de aplicação da *maximin*, demonstra o porquê é considerado um elemento constitucional essencial, quando de sua aplicação nas instituições da estrutura básica, por meio da sequência de quatro estágios comentada na subseção anterior e que serão analisadas com mais detalhes na próxima seção, onde se discutirá os critérios de divisão do trabalho de aplicação desses princípios às instituições da estrutura básica, sendo de fundamental importância para se compreender a arquitetura⁴⁴ das instituições da estrutura básica formulada pelo filósofo em estudo.

No segundo momento, a regra *maximin* faz o confronto do princípio da diferença com o princípio da utilidade média, associado ao mínimo social, para saber qual o mais adequado para controlar o nível das desigualdades econômicas e sociais, ou seja, para as diferenças de perspectivas dos cidadãos ao longo da vida, para uma sociedade em que se supõe que as liberdades básicas iguais regulam efetivamente a estrutura básica, uma vez já escolhidos na primeira comparação.

Rawls (2003) denomina de princípio da utilidade restrita, o princípio da utilidade média associado ao mínimo social. Em tese, este princípio pode ser considerado uma forma adequada de se obter os meios polivalentes necessários para tirar vantagens das liberdades básicas e, assim, substituir o princípio da diferença. Aplicando-se a regra *maximin*, mostra-se o mais forte rival do princípio da diferença, porque exclui, de imediato, a terceira condição *maximin*⁴⁵ anteriormente descrita, já que garante o mínimo social e evita as perdas mais graves de bem-estar. Entretanto, não consegue estabelecer ou quantificar qual seria este mínimo social, constituindo problema para sua escolha.

Assim, pelo princípio da utilidade restrita, a estrutura básica deverá garantir as liberdades básicas iguais e a igualdade equitativa de oportunidades, em um primeiro momento, além de garantir a manutenção de um mínimo social adequado, no segundo momento. Portanto, nesta comparação, pela regra *maximin*, deve-se escolher o princípio da justiça distributiva mais apropriado.

Para esta análise, Rawls procurou dividir em dois grupos, os mais favorecidos e os menos favorecidos, uma vez não existir possibilidade de aplicação de regra de probabilidade.

Dessa forma, contra o princípio da utilidade restrita existem os seguintes argumentos:

⁴⁴ O desenho moldado por Rawls para as instituições da estrutura básica.

⁴⁵ Qual seja, de que os piores resultados de todas as alternativas possíveis estejam significativamente abaixo do nível assegurável.

são indeterminados e geram disputas e desconfianças; exige muito dos menos favorecidos, pois devem aceitar pelo resto da vida vantagens econômicas e sociais menores em relação ao benefício das vantagens maiores dos mais favorecidos, todos medidos em termos de utilidade; o conceito de mínimo social é muito vago. Tais situações levam à instabilidade de uma concepção de justiça determinada pelo princípio da utilidade restrita, pois as forças psicológicas não são capazes de garantir o comprometimento e a reciprocidade dos cidadãos.

Ora, pela indeterminação torna-se difícil a formação de uma razão pública, ou seja, uma medida interpessoal pública exequível para identificar os bens primários, diferentemente do princípio da diferença que utiliza um índice de bens primários com critérios objetivos da situação social das pessoas.

Quando os menos favorecidos aceitam vantagens menores, é um peso grande e pode gerar descontentamento, o que não ocorre com o princípio da diferença, em que as vantagens econômicas e sociais aos menos favorecidos é baseada na reciprocidade.

Para os utilitaristas, o mínimo social corresponde à ideia de que esse mínimo deve satisfazer as necessidades humanas básicas de uma vida decente e que, por ser mínimo, estaria dentro das exigências do comprometimento (WALDRON, 2003). Já o mínimo social do princípio da diferença corresponde àquele que, juntamente com “todo o conjunto de políticas sociais, maximize as perspectivas de vida dos menos favorecidos ao longo do tempo” (RAWLS, 2003, p. 182).

Rawls (2003) argumenta que, na prática, esses mínimos sociais podem ser similares, pois aquilo que as pessoas têm direito em virtude de sua humanidade pode ser o mesmo que têm direito enquanto cidadãos livres e iguais, porém questiona se as necessidades essenciais para uma vida decente garantem realmente que as exigências do comprometimento não serão excessivas⁴⁶. Elas podem ser excessivas do ponto de vista dos menos favorecidos em dois aspectos.

⁴⁶ Para o acordo, as partes têm de levar em conta a força do compromisso, para tanto, firmam um acordo de boa-fé e estão razoavelmente confiantes que as pessoas que representam irão honrar. Assim, as partes justificam publicamente as bases do acordo. Essa publicidade contém uma função educativa que faz os cidadãos veem a si mesmos como livres e iguais que, na estrutura básica de suas instituições e por meio dela, estão envolvidos numa cooperação vantajosa para todos e, dada essa concepção, acreditam que o princípio de distribuição que aplica àquela estrutura básica deveria conter uma ideia apropriada de reciprocidade, reconhecendo um sistema equitativo de cooperação. Por isso, os mais favorecidos aceitam, por esta ideia, que as contingências que lhes são favoráveis (classe social de origem, talentos naturais e as oportunidades de desenvolve-los e boa-sorte) só se concretizam se for em benefício de todos. Ou seja, “os mais favorecidos parecem beneficiados pelo seu lugar afortunado na distribuição de talentos naturais, digamos, e ainda mais beneficiados por uma estrutura básica (afirmada pelos menos favorecidos) que lhes oferece a oportunidade de prosperar, desde que o façam de uma maneira que a melhore a situação dos outros”, esse princípio distributivo é o da diferença (RAWLS, 2003, p. 177).

Assim, mesmo que eles não percebam a condição de miserabilidade e não se revoltam com a concepção política de justiça do princípio da utilidade restrita, podem se sentir distanciados da sociedade política e mesmo excluídos, e dessa forma não conseguem afirmar os princípios da justiça (utilidade restrita), tanto em seus pensamentos, como na conduta ao longo de toda a vida, deixando de estimular a “sensibilidade moral” dessas pessoas (RAWLS, 2003, p. 181).

Rawls (2003) considera que qualquer que seja o conteúdo do mínimo social, deve derivar de uma ideia de reciprocidade apropriada para a sociedade política. Neste sentido, embora um mínimo que cubra apenas as necessidades essenciais possa satisfazer um estado de bem-estar social, não é suficiente para uma sociedade democrática em que os princípios da justiça equitativa se realizam.

Ademais, entende-se que o mínimo social não pode corresponder apenas às necessidades humanas básicas do homem, sem uma inter-relação com o mundo social particular em que está inserido, por isso, Rawls desenvolveu ideias organizadoras fundamentais de pessoa e de sociedade, pois esse mínimo social deve levar em consideração a pessoa como cidadão para uma sociedade democrática, em que a participação na vida política é essencial. Em suas palavras: “O conceito de mínimo apropriado não está dado pelas necessidades básicas na natureza humana entendida em termos psicológicos (ou biológicos) independente de um mundo social particular” (RAWLS, 2003, p. 187)

Portanto, o princípio da diferença é muito mais que o mínimo social da concepção utilitarista e, pela regra *maximin*, ele é a melhor escolha dentre as piores (princípio da utilidade restrita), pois, por ser fundamentado na ideia de reciprocidade, favorece às partes do acordo não conflituarem, porque os mais favorecidos, que poderiam se insurgir contra este princípio, ao aceitarem publicamente, demonstram aos menos favorecidos uma ideia apropriada de reciprocidade da maneira mais clara possível e “inibe o desperdício de intermináveis negociações voltadas para interesses pessoais ou de grupos e oferece alguma esperança que a concórdia social e a amizade cívica podem ser alcançadas” (RAWLS, 2003, p. 178).

Nozick (2011), em sua obra, aponta quatro críticas pontuais à teoria rawlsiana, principalmente em relação ao princípio da diferença.

A primeira objeção diz respeito à cooperação social, e argumenta ser o maior problema da justiça distributiva, pois entende ser inviável essa cooperação para dar sentido ao princípio da diferença, além disso, entende que cada indivíduo deve receber a parcela correspondente ao seu esforço, pelo critério do merecimento, independentemente da existência de dons ou talentos naturais ou mesmo de contingências. A segunda, entende que a regra *maximin* na posição

original estaria maximizando o indivíduo mais mal situado na sociedade. Em terceiro, questiona o fato dos princípios serem escolhidos sem as partes conhecerem qualquer direito específico e nenhum princípio histórico, como o da titularidade sendo, na realidade, escolhidos sob medida pelas partes. Quarto, questiona a aplicação dos princípios na estrutura básica, ante a dificuldade de determinação de como serão aplicados.

Em defesa, Rawls (2003) aduz que as partes têm de levar em conta a força do compromisso e, para tanto, firmam um acordo de boa-fé e estão razoavelmente confiantes que as pessoas que representam irão honrar. Assim, as partes justificam publicamente as bases do acordo. Essa publicidade contém uma função educativa que faz os cidadãos veem a si mesmos como livres e iguais que, na estrutura básica e por meio de suas instituições, estão envolvidos numa cooperação vantajosa para todos e, dada essa concepção, acreditam que o princípio de distribuição (diferença) que se aplica à estrutura básica, contempla uma ideia apropriada de reciprocidade, razão de reconhecerem um sistema equitativo de cooperação.

Por esta ideia, os mais favorecidos aceitam que as contingências que lhe são favoráveis (classe social de origem, talentos naturais e as oportunidades de desenvolvê-los, assim como a boa-sorte) só se concretizam se for em benefício de todos. Portanto, reconhecem que além de afortunados pelas contingências, ainda existe uma estrutura básica que oferece oportunidade de prosperidade, quando aceitam agir da maneira que melhore a situação dos outros (RAWLS, 2003).

Quanto à objeção da regra *maximin*, Rawls aduz que não corresponde ao princípio da diferença e serve apenas de critério para comparação, não por meio do utilitarismo, mas pela função de utilidade, como discorrido mais acima. Além disso, a escolha dos princípios leva em consideração uma sociedade democrática e, pelo método heurístico, utilizou-se a regra *maximin* para serem feitas comparações por meio de uma lista e Rawls, em defesa, afirma que os princípios libertarianos poderiam ser incluídos, mas, mesmo assim, seriam escolhidos os dois princípios da justiça como equidade. Em suas palavras:

Caso se objete que certos princípios não estão incluídos na lista, por exemplo, os libertarianos de justiça, esses princípios têm de ser acrescentados a ela. A justiça como equidade argumenta então que continuaria havendo acordo em torno dos dois princípios de justiça. Se esse argumento se confirmar, os libertarianos têm de objetar à própria estrutura da posição original enquanto procedimento de representação. Por exemplo, têm de dizer que ela não consegue representar considerações que para eles são essenciais, ou que ela as representa de maneira equivocada (RAWLS, 2003, p. 117).

Em relação à quarta objeção apresentada pelo teórico libertário, Rawls esclarece que a aplicação dos princípios considera uma divisão institucional e, assim, o princípio da diferença

é aplicado na fase legislativa, quando se tem mais conhecimento das circunstâncias para melhor serem feitos os arranjos institucionais para ser implementado. Além disso, não são aplicados aos indivíduos e nem diretamente sobre suas transações.

A escolha dos princípios pelas razões expostas, principalmente pela sua justificação pública, não constitui ilusões, como afirmado por Marx, “no sentido que somos enganados pelas aparências superficiais da organização do mercado capitalista e deixamos de reconhecer a exploração que corre por trás delas”, ou mesmo que “sejam crenças falsas ou insensatas que aceitamos” ou mesmo “valores irracionais e inumanos que endossamos” (RAWLS, 2003, p. 171).

Portanto, Rawls não considera a escolha dos princípios como ideologia, no sentido marxista, ou seja, como uma falsa consciência da realidade e que os princípios apenas endossariam as desigualdades que já existem, decorrentes do mundo capitalista como ele é, mas ao contrário, as crenças atribuídas às partes são as do senso comum e das ciências não controvertidas e que são aceitas por boas razões, no sentido que os cidadãos assumem seu papel na sociedade e de que as instituições básicas funcionem de modo adequado (RAWLS, 2003).

Neste ínterim, a teoria da justiça como equidade de Rawls é uma concepção exequível, por ser aceitável para as instituições democráticas, pois não pretende chegar em um acordo político sobre qual a melhor doutrina abrangente, preservando o pluralismo razoável como condição permanente de uma cultura democrática, decorrente da própria delimitação da sua aplicação à estrutura básica. No mais, essa delimitação demonstra a importância e função da estrutura basal.

Além disso, a forma como os princípios de justiça - que compõem o conteúdo da concepção de justiça rawlsiana - são escolhidos demonstram a autonomia das partes, como morais, livres e iguais e correspondem à integridade do pensamento democrático constitucional, desvinculadas de ideologias, no sentido de manutenção do *status quo*, assim, visando uma sociedade justa e mais igualitária.

Rawls diz: “Os limites do possível não são dados pelo existente, pois podemos em maior ou menor grau, mudar as instituições políticas sociais e muito mais”. Neste contexto, a teoria rawlsiana, embora ideal, pode ser aplicada no mundo real, pois não é fundada em metafísica e nem é irrealista.

Por fim, selecionados os princípios, a justiça passa a ser vista como parte do bem e vinculada a toda a sociabilidade natural, pois embora o justo anteceda o bem, justo e bem se completam, sendo que esta combinação elimina o risco de instabilidade (RAWLS, 2016).

A concepção da justiça por equidade de John Rawls, defende uma sociedade constitucional, democrática, liberal e igualitária, no sentido que sejam garantidos os bens primários à estrutura básica dessa sociedade, de modo que cada um possa seguir seus planos de vida. Assim, os cidadãos dessa sociedade devem ter não somente o direito de escolha em como viver, mas também os recursos – oportunidades educacionais e ocupacionais e uma parte da renda e riqueza da sociedade – que os capacitem a viver suas vidas de acordo com as “concepções do bem” e convicções de valor moral que, de acordo com seus próprios juízos, julguem ser a melhor.

Dessa maneira, Rawls não teve o propósito de formular uma teoria para assegurar uma igualdade socioeconômica em si mesma, mas sim, de garantir uma liberdade efetiva, esta sim, capaz de fomentar a justiça social, conforme transcrição abaixo:

Considerando-se os dois princípios, em conjunto, a estrutura básica deve ser organizada para maximizar o valor para os menos favorecidos do sistema de liberdade igual compartilhado por todos. Isso é o que define o objetivo da justiça social. (RAWLS, 2016, p. 251)

Portanto, a justiça social corresponde em maximizar o valor, para os menos favorecidos, do sistema de liberdade igual compartilhados por todos, pois por meio dessa garantia se pode usufruir dos demais bens primários, sendo que somente é possível maximizar o valor das liberdades, por meio da aplicação dos dois princípios da justiça na estrutura básica sociedade.

E, exatamente por ser limitada à estrutura básica e se adequar às doutrinas abrangentes razoáveis (fato do pluralismo), por estar afastada da metafísica e por almejar a concretização do ideal de justiça social, o projeto rawlsiano, fundado em uma teoria contratualista com viés político normativo, gerou inúmeros debates entre os intelectuais do século XX e ainda gera, na atualidade. Sua teoria é um divisor de águas, pois modificou os estudos sobre justiça, partindo do construído para formulação da concepção de justiça, sendo que não há como debater os problemas socioeconômicos das sociedades democráticas liberais contemporâneas sem menção a Rawls, por ser sua teoria plausível e exequível, nos termos analisados nesta subseção. Ademais, as críticas direcionadas à sua teoria não foram capazes de derrubá-la, tendo Rawls, antes de seu falecimento, respondido as mais importantes. Algumas já foram analisadas nesta seção, sendo que outras serão apresentadas, conforme as oportunidades, no decorrer do trabalho.

Como visto, a estrutura básica da teoria rawlsiana tem importância significativa, razão porque a próxima seção tem como ponto principal essa estrutura e suas instituições, buscando-

se investigar se um certo aparato institucional configura um ideal de justiça social, assim como se a atividade jurisdicional faz parte.

2 ESTRUTURA BÁSICA DE RAWLS

Apesar de Rawls não possuir formação na área do direito, sua teoria foi além da política, sendo capaz de tratar de temas relacionados tanto com a Filosofia Moral, quanto com a Filosofia do Direito, aproximando direito e moral, e sendo capaz de provocar debates com teóricos do direito, como Dworkin e Hart⁴⁷, por exemplo, assim como influenciar o direito estabelecido e construído (VIOLA, 2013). Além disso, sua teoria tem um viés social, pois é considerada uma teoria da justiça distributiva, abordando temas da sociologia moral e política, além do seu aspecto econômico, ao analisar regimes econômicos, ainda que em menor proporção (RAWLS, 2003).

A atenção que Rawls direcionou ao direito pode ser percebida pelo fato da concepção da justiça ser aplicada na estrutura básica da sociedade e esta envolver várias questões jurídicas, o que torna de suma importância essa estrutura e a forma como isso ocorre. Neste sentido, as instituições que fazem parte desta estrutura básica ocupam especial papel para o desenvolvimento e funcionamento de toda a teoria.

Neste diapasão, a análise e o entendimento das instituições e da própria estrutura básica são de fundamental importância para que seja compreendida a relação com o direito e com o Poder Judiciário, investigando-se se é possível justificar a solução jurisdicional dos conflitos, como uma instituição integrante da estrutura básica da sociedade, assim como a importância de um aparato institucional ser uma exigência de um ideal de justiça social.

Rawls desenvolveu uma concepção de justiça para a justiça doméstica, ou seja, apenas para a estrutura básica da sociedade, tanto que lhe deu um *status* político, concebendo as partes como cidadãos e não com uma concepção de ser humano, motivo por não ser aplicada diretamente no âmbito particular das pessoas, das associações e das práticas sociais em geral.

Para o filósofo existem três níveis de justiça: o nível da justiça local, que são princípios aplicados na vida particular de associações e de pessoas (seres humanos)⁴⁸; o nível de justiça doméstica, que se aplica na estrutura básica da sociedade; e o nível de justiça global, que são os princípios que se aplicam ao direito internacional (RAWLS, 2003). Em cada nível de justiça

⁴⁷ São citados pelo próprio Rawls em seu livro *O liberalismo político* (2011).

⁴⁸ Conforme mencionado na seção anterior, a concepção política de justiça como equidade de Rawls tem base moral, tanto que a concepção política de pessoa que utiliza é baseada em uma concepção normativa (dever ser). Assim dispõe: “Essa concepção de pessoa não deve ser confundida com a concepção de ser humano (um membro da espécie *homo sapiens*), tal como definida pela biologia ou pela psicologia sem o uso de conceitos normativos de vários tipos, entre os quais, por exemplo, os conceitos de faculdades morais e de virtudes morais e políticas. Além disso, para caracterizar a pessoa, temos de agregar a esses conceitos aqueles utilizados para formular as faculdades da razão, da inferência e do julgamento”. (RAWLS, 2003, p. 34).

há considerações de mérito independentes, mas o filósofo reconhece que os princípios da estrutura básica coagem ou mesmo limitam os princípios da justiça local, “mas não determinam por si sós os princípios adequados da justiça local” (RAWLS, 2003, p. 16).

A delimitação dos princípios de justiça à estrutura básica decorre do fato de que serão reconhecidos e aceitos por todos, mediante a justificação pública e diante da existência da pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis. Dessa forma, a aplicação apenas na estrutura básica não priorizará nenhuma doutrina abrangente, e assim, não interferirá na condução pessoal da vida das pessoas, ainda que os princípios possam coagir e restringir a conduta pessoal dos cidadãos, em alguns momentos, dentro dessa estrutura básica, conforme exposto acima. Neste sentido, Rawls deixa clara a função da estrutura básica dentro da sua teoria como sendo o objeto primário da justiça política, por ela interferir nas metas e caráter dos cidadãos:

Um importante aspecto da justiça como equidade é que nela a estrutura básica é o objeto primário da justiça política (Teoria, § 2). Isso é assim em parte porque os efeitos da estrutura básica sobre as metas, aspirações e o caráter dos cidadãos, bem como sobre suas oportunidades e sua capacidade de tirar proveito delas, são profundos e estão presentes desde o início da vida (§§ 15-16). Nosso foco será quase que exclusivamente a estrutura básica como objeto da justiça política e social. (RAWLS, 2003, p. 14)

Denota-se que o objetivo de Rawls (2011) foi estabelecer uma estrutura básica formada por instituições que definem o pano de fundo social e, ao mesmo tempo, contenham disposições que ajustem e compensem as inevitáveis tendências de afastamento à justiça basal. A concepção de justiça como equidade, de John Rawls, exige a necessidade de certas condições de fundo para que as transações entre os indivíduos sejam equitativas e, assim, ocorra a justiça de fundo. Realizada a justiça de fundo, opera-se a justiça social, decorrente, pois, de uma justiça de base. As instituições da estrutura básica têm esse papel.

Portanto, “estrutura básica é o contexto social de fundo dentro do qual as atividades de associações e indivíduos ocorrem. Uma estrutura básica justa garante o que denominamos justiça de fundo” (RAWLS, 2003, p. 14). Esse contexto social de fundo não tem uma delimitação precisa, tendo o filósofo estabelecido apenas uma ideia que ele mesmo considera como rudimentar para que a concepção de justiça possa se adaptar a diferentes circunstâncias sociais. Assim descreve:

[...] a estrutura básica da sociedade é a maneira como as principais instituições políticas e sociais da sociedade interagem formando um sistema de cooperação social, e a maneira como distribuem direitos e deveres básicos e determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social no transcurso do tempo (RAWLS, 2003).

Desse modo, dentro da estrutura básica os princípios da justiça terão o papel de atribuir direitos e deveres e definir uma divisão apropriada das vantagens sociais. Por conseguinte, a estrutura básica é concebida por um sistema fechado, isolado das outras sociedades, tendo em vista que a justiça como equidade trata da justiça doméstica e não da justiça dos povos, ou seja, da relação entre sociedades. Contudo, Rawls reconhece a possibilidade de interligação e de haver uma remodelagem para se adequarem (RAWLS, 2019).

A estrutura básica de uma sociedade é, portanto, onde se aplica a concepção de justiça rawlsiana. Nesta estrutura básica existem várias posições sociais e, portanto, pessoas com expectativas de vida diferentes, seja porque nasceram em condições diferentes, seja pelas circunstâncias econômicas e sociais, como também, pelo sistema político dessa sociedade. Esses fatores geram desigualdades e podem implicar nas oportunidades iniciais da vida humana (RAWLS, 2016). Por isso, é neste lugar que se aplicam os princípios da justiça, porque a forma como é moldada a estrutura básica interfere nas metas, nas aspirações e no caráter dos cidadãos, bem como sobre a suas oportunidades e capacidade de tirar proveito delas. Por conseguinte, interfere no direito das pessoas seguirem seus planos de vida. Assim, sendo injusta as condições da estrutura básica, o ideal de justiça social não se realizará, razão da preocupação de Rawls e de ser o objeto primário da justiça.

Frisa-se que fazem parte da estrutura básica a Constituição política com um judiciário independente, as formas legalmente reconhecidas de propriedade e a estrutura da economia – por exemplo, por meio de um sistema de mercados competitivos com propriedade privada dos meios de produção -, como também, a família (RAWLS, 2003). A família é, em parte, uma instituição da estrutura básica, em face de seu papel na perpetuação da espécie humana, de uma geração a outra, e em face da educação das crianças, no sentido de desenvolverem senso de justiça, importante para a estabilidade da teoria (RAWLS, 2003). Portanto, os princípios de justiça se aplicam à família no sentido de observância desses aspectos e não na interferência direta sobre o modo de vida familiar, tendo em vista que a justiça rawlsiana é política e não objetiva determinar doutrinas a serem seguidas ou obedecidas por particulares.

Portanto, os princípios de justiça deverão reger a constituição política e os principais elementos do sistema econômico e social, pois ao serem aplicados neste momento inicial (estrutura básica), as relações e interações havidas dentro da estrutura basal serão regidas pelos princípios de justiça e, com a satisfação da justiça de base, haverá justiça social, nos moldes apresentados na subseção 1.1. Essas interações, como dito mais acima, compreendem o contexto social de fundo que podem envolver a relação entre os indivíduos e destes com as associações e, também, com o Estado.

A pretensão de Rawls é que dentro desta estrutura sejam respeitados os princípios da justiça, não no sentido que eles serão satisfatórios em todos os casos, pois é possível não funcionar nas normas e práticas de associações privadas ou de grupos sociais menos abrangentes, por exemplo, mas o intuito é que todos ajam de forma justa e façam sua parte na sustentação dos princípios, pois possuem valor intrínseco de um ideal social, de modo que cada um possa seguir seus planos de vida.

Impende destacar que não se deve presumir que os princípios que são razoáveis e justos para estrutura básica também o sejam para as instituições privadas, associações e práticas sociais em geral. Eles impõem limites a esses arranjos sociais da estrutura básica, mas são governados, cada qual, por princípios distintos devido a seus objetivos e propósitos diferentes, isto porque a concepção de justiça como equidade é política e não é aplicada para questões de justiça local, mas apenas para justiça doméstica (RAWLS, 2003).

As subseções seguintes analisarão as instituições da estrutura básica da sociedade ideal rawlsiana, investigando-se se o direito e a atividade jurisdicional na resolução dos conflitos podem ser considerados como integrantes do aparato institucional de Rawls. Nesta toada, será examinado se a teoria rawlsiana sustenta a existência de certas instituições como um ideal de justiça social, incluindo o Poder Judiciário.

2.1 AS INSTITUIÇÕES DA ESTRUTURA BÁSICA

Ultrapassada a fase de escolha dos princípios, Rawls formula um esquema para aplicação desses princípios, sem os quais, ficariam intangíveis. Esse esquema ainda é feito dentro da sua teoria moral, pois as partes ainda continuam na posição original, mas utilizam ideias da teoria constitucional nessa estruturação, eis que como explicitado na seção anterior, a concepção de justiça de Rawls é para uma sociedade democrática constitucional e na posição original as partes aceitam isso pela cultura de fundo e pelas circunstâncias da justiça.

Portanto, resta bem claro para o filósofo a ideia de Estado e o seu papel nesse desiderato. Ele objetiva caracterizar uma Constituição justa, com base em hipóteses mais ou menos realistas da vida política, mas não com base nas suposições individualistas típicas da teoria econômica. Isso é realizado em estágios.

Cada estágio trata de tipos de questões diferentes da justiça e as informações são descobertas, ou seja, o véu da ignorância vai sendo retirado a cada estágio e o anterior serve de restrição ao estágio seguinte (RAWLS, 2016). Os estágios não abordarão todas as questões políticas, mais as principais deverão contemplar os seguintes pontos, conforme relata Rawls:

- (1) Os princípios fundamentais que determinam a estrutura geral de governo e seu processo político; as prerrogativas dos poderes legislativo, executivo e judiciário; os limites da regra da maioria;
- (2) Os direitos e liberdades básicos iguais da cidadania que as maiorias legislativas têm de respeitar, como o direito de votar e participar da política, a liberdade de pensamento e associação, a liberdade de consciência, bem como as garantias do estado de direito. (RAWLS, 2003, p. 39)

Portanto, os estágios abordam os princípios fundamentais que regularão a estrutura do governo e os direitos e liberdades básicos dos cidadãos, assim como as garantias do estado de direito.

No primeiro estágio, sob o véu da ignorância, são acordados os princípios básicos da justiça, conforme visto na seção anterior. O segundo estágio trata da convenção constituinte e é onde se aplica o primeiro princípio da justiça, qual seja, a liberdade igual. O terceiro estágio é o da legislatura e é onde o segundo princípio entra em ação. Por fim, o quarto estágio é o da aplicação das normas aos casos específicos, por juízes e administradores, e a observância das normas pelos cidadãos em geral. Neste último estágio o véu da ignorância é descoberto e todos têm acesso a todos os fatos (DIAS; PINHEIRO, 2019).

A meta praticável desses quatro estágios é a redução dos desacordos, pelo menos em relação às controvérsias mais irreconciliáveis, visando gerar, ao final, expectativas legítimas aos cidadãos. Nesses estágios vêm à tona as instituições, pois são nelas que os dois princípios da justiça serão aplicados diretamente. Rawls (2006) define instituição como um sistema público de normas e que faz parte da estrutura básica, sendo que essas normas irão contemplar os princípios da justiça escolhidos pelas partes e definirão os pontos estabelecidos nos estágios acima transcritos.

Rawls considera que a justiça é a principal virtude das instituições sociais e afirma: “Quem obedece às leis tornadas públicas não tem nunca por que temer uma violação de sua liberdade” (2016, p. 298).

Na elaboração desses estágios surgem alguns assuntos relacionados a poder coercitivo, estado de direito, justiça formal, justiça substantiva, justiça procedimental, império da lei, regras, sistema de normas, normas jurídicas e a própria ideia de conceito de direito. Rawls trata com naturalidade essas matérias em sua teoria, inovando a história da filosofia política, em que justiça era estabelecida apenas em conformidade às ações individuais e não se referia às instituições.

Pogge (2007) avalia positivamente essa abordagem de Rawls, por entender que um projeto institucional é capaz de melhor alcançar a justiça social distributiva do que focar nos atos e omissões dos indivíduos:

Qualquer sociedade pode ser estruturada e regulada de maneiras diferentes, incluindo diversas maneiras de organizar a cooperação social e controlar os recursos e os meios de produção. Há muitas opções para esta sociedade elaborar suas agências governamentais e formular suas leis de propriedade, tributação, trabalho, heranças etc. Alguns desses projetos institucionais podem tender a gerar mais pobreza que outros. O foco moral deve estar aqui: no projeto e reforma da ordem institucional da sociedade – não nos atos e omissões particulares de seus membros (POGGE, 2007, p. 32)

Essa inovação de Rawls foi capaz de analisar essas questões jurídicas sob um outro olhar, pois partiu do já construído para extrair a concepção política de justiça, com a ideia intuitiva de que as ações individuais são justas desde que em conformidade com as instituições justas. Abordagem esta que pode ser considerada como holística (FREEMAN, 2003). Na verdade, pelo fato da prática constitucional ser marcada por déficit em torno da aplicação efetiva da Constituição, decorrente de uma carência da própria teoria constitucional que sustenta a prática, travou-se um movimento inverso, no qual a prática constitucional foi buscar a filosofia para sua sustentação (LOIS, 2005).

Ademais, neste aspecto, Dworkin (2006) comenta em sua obra que Rawls pode ser visto como um filósofo do direito, pois tratou de matérias correlatas a este ramo da filosofia como um todo em sua teoria da justiça como equidade, sendo que algumas delas são consideradas cruciais para a filosofia do direito.

Neste mister, para aplicar os princípios da justiça, há necessidade de ser definido como os cidadãos poderão julgar a justiça da legislação e das políticas sociais e que tipo de ordenações constitucionais são justas para conciliar opiniões conflitantes acerca da justiça. Dessa forma, os estágios não somente definem os direitos, mas também os fundamentos e os limites das obrigações e dos deveres políticos, ao regular reivindicações conflitantes (RAWLS, 2016).

Dessa forma, para saber se a sociedade é justa ou injusta, ou seja, se está sendo atendida pela concepção política da justiça como equidade, as instituições precisam ser analisadas sob dois aspectos. Um primeiro aspecto é o da abstração, pois as condutas que descrevem devem ser expressas por um sistema de normas que levem em consideração os princípios da justiça. O segundo é a efetivação dessas normas por quem administra e por quem aplica. E isso se resume pela prioridade do justo sobre o bem, o que significa que os princípios que vão reger a esfera pública não podem ser determinados com base numa concepção particular de bem, já que universais, eis que escolhidos pelas partes na posição original, no mesmo entendimento da

doutrina kantiana (LOIS, 2005).

A primeira ideia que surge desses quatro estágios é a da justiça procedimental pura⁴⁹ desde o início da teoria. Assim, as leis e as políticas são justas, com tanto que se situem dentro do âmbito permitido pelas normas que são elaboradas em observâncias aos dois princípios da justiça equitativa⁵⁰. Nesses termos, Rawls:

A justiça procedimental pura, em contraste, verifica-se quando não há um critério independente para o resultado correto: em vez disso, existe um procedimento correto ou justo que leva a um resultado também correto ou justo, seja qual for, contanto que tenha aplicado corretamente o procedimento (RAWLS, 2016, p 105).

Para essa ideia de justiça procedimental pura funcionar com a justiça distributiva, é necessário que haja um sistema justo de instituições e estejam administradas de forma imparcial (RAWLS, 2016). Disso resulta o entendimento de justiça formal em sua teoria: “Justiça formal é a adesão ao princípio ou, como dizem alguns, obediência ao sistema” (RAWLS, 2016, p. 70-71).

Nota-se que Rawls defende uma justiça formal ou, como denomina, “justiça como regularidade”, mas não distanciada da substantiva, para evitar certas injustiças, já que, sendo as instituições justas (porque obedecem aos princípios da justiça equitativa), cumpri-las garante um resultado justo (RAWLS, 2016, p. 291). Nesta toada, a concepção de justiça formal, corresponde à administração regular e imparcial de leis de ordem pública, transformada no império da lei, quando aplicada ao sistema jurídico. Afirma o filósofo:

A justiça formal, no caso das instituições jurídicas, é simplesmente um aspecto do Estado de Direito que ampara e garante expectativas legítimas. Um tipo de injustiça ocorre quando os juizes e outras autoridades deixam de aderir às leis e as suas interpretações apropriadas ao tomar decisões (RAWLS, 2016, p. 71).

Assim, Rawls reconhece um Estado de Direito, com a existência de regras para um sistema estabelecido como jurídico. Neste aspecto, Habermas (1998) tece críticas porque não teve a preocupação em debater sobre a forma de implementação do direito positivo, concentrando-se apenas na legitimidade do direito e na dimensão institucional do direito

⁴⁹Esta forma de justiça se diferencia, *grosso modo*, da justiça perfeita e da imperfeita. A justiça perfeita aplica-se, por exemplo, quando se reparte um bolo igualmente e se estabelece que o indivíduo que distribui as fatias do bolo receberá a última. Essa, por sua vez, se distingue da justiça imperfeita e, como exemplo de procedimento perfeito, Rawls cita o que ocorre nos tribunais, onde os critérios de justiça são estabelecidos antes do processo, e o veredicto final depende da ordenação das provas que podem desembocar em sentenças injustas e condenar inocentes. Assim, em ambos, os processos, perfeito e imperfeito, os critérios de justiça são definidos antes do processo (RAWLS, 2016).

⁵⁰Rawls faz uma divisão dentro da estrutura básica entre os dois princípios da justiça, decorrente da prioridade do princípio da liberdade que foi comentado na seção anterior, sendo que apenas a liberdade é elemento constitucional essencial e que mais a diante se retornará para melhor esclarecimento.

(HABERMAS,1998). De fato, a teoria de justiça de Rawls não se preocupa em formular uma teoria do direito, mas apenas extrair os princípios que dariam legitimidade ao sistema jurídico pertencente à estrutura básica.

Contudo, a caracterização do direito por Rawls é semelhante ao positivismo jurídico, como de Hart, lembrando também a linha do jusnaturalismo processual⁵¹, pois do ponto de vista formal, Rawls entende o direito como o sistema de regras, no mesmo entendimento de Hart (1994), já que o direito está vinculado à justiça formal, comum a qualquer concepção de sistema jurídico. Entretanto, em relação ao conteúdo do direito, afasta-se, ao estabelecer um conteúdo moral, pelos princípios escolhidos na posição original, aproximando direito e moral, assunto profundamente debatido entre os teóricos do direito, notadamente no que concerne à interpretação e à aplicação de normas constitucionais fundamentais (LOIS, 2005).

Sem entrar no mérito da existência ou não de uma teoria do direito formulada pelo filósofo americano, já que fugiria ao objeto de pesquisa, o ponto importante é que o direito e o sistema jurídico fazem parte das instituições da estrutura básica, conforme a teoria de justiça de Rawls.

Esse posicionamento do autor, e o seu foco na estrutura básica como pressuposto para uma sociedade justa, sofre retaliação da teoria realista, que considera que uma lei não vale por razões das qualidades morais intrínsecas, mas sim, porque foi promulgada por quem detém o poder. Neste sentido, o poder está relacionado com entidades concretas, ou seja, pessoas e grupos e não com leis, normas ou razão. Neste compasso, o realismo preocupa-se com a aplicabilidade e eficácia de um sistema jurídico, diferente do normativismo de Rawls, que busca fundamentar a ordem jurídica na validade impessoal de uma norma impessoal (SCHMITT, 1993).

O realismo político analisa a prática e entende que na teoria não ideal as partes não deliberam com base em boas razões, de forma neutra, e que em uma democracia liberal normativista os indivíduos apenas são convocados a deliberar quando há autointeresse de quem manda e ocupa o poder (PZEWORSKI, 2007). Assim, o realismo entende que, em decorrência de muitos conflitos de interesses, a política é marcada por luta e pela dominação do mais forte, geralmente, quem está no poder. Contudo, exatamente por estas questões, Rawls, entende que a moral deveria fundamentar as normas.

Dessa forma, se o realismo critica isso porque defende apenas que quem ocupa o poder é capaz de manter a segurança, a tranquilidade e a ordem, busca também, um ideal de sociedade

⁵¹Entendido como o poder coercivo pertence ao próprio povo, tendo em vista que os princípios foram extraídos de um contrato social, por cidadãos livre e iguais.

e, portanto, menos injustiças e desigualdades. Neste ponto, ideal por ideal, trata-se de uma questão moral, de um *dever ser*, nos mesmos moldes das lições de Hume, por meio do que ficou conhecido Lei de Hume ou Guilhotina de Hume, abaixo suas palavras:

Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como é e não é, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um deve ou não deve. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois como esse deve ou não deve expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece totalmente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes. (HUME, 2000, p. 509)

Neste sentido, possui fundamentos morais, também, dizer o que *dever ser* baseado no *ser*, como pensam os realistas. Este aspecto ficou bem refutado com as observações de Dworkin, utilizando também, as lições de Hume:

Segundo o entendimento mais comum, o grande filósofo escocês David Hume declarou que nenhuma descoberta empírica sobre a realidade do mundo, ou seja, sobre como o mundo é – nenhuma revelação sobre o curso da história, a natureza última da matéria ou a verdade da natureza humana –, pode fundamentar qualquer conclusão sobre como ele *deve ser*, a menos que se acrescente uma nova premissa ou pressuposto sobre como ele deve ser. O princípio de Hume (nome que dou a essa proposição geral) é frequentemente tomado como fonte de uma consequência cética radical, pois dá a entender que não podemos descobrir, por meio dos únicos modos de conhecimento a que temos acesso, se qualquer uma das nossas convicções éticas ou morais é verdadeira. [...] na realidade, esse princípio tem consequência oposta. Ele solapa o ceticismo filosófico, pois a proposição de que não é verdade que o genocídio é errado é em si mesmo uma proposição moral; e, sendo o sólido princípio de Hume, essa proposição não pode ser provada por nenhuma descoberta da lógica ou de fatos acerca da estrutura básica do universo. (DWORKIN, 2014, p. 28-29)

Conforme a citação de Dworkin, pelo princípio de Hume, tudo levará a uma proposição moral e, assim, não poderá ser provada nenhuma descoberta de fatos acerca da estrutura básica do universo sem um apelo à moral, o que importa concluir que as críticas do realismo não são capazes de desconstruir a teoria rawlsiana, no que tange à base moral, na escolha dos princípios da justiça.

Assim, os princípios da justiça escolhidos serão aplicados no sistema jurídico. Esse sistema jurídico irá reger toda a estrutura básica, então a forma como os relacionamentos dos indivíduos se desenvolvem na estrutura básica será regulamentado por esse sistema jurídico que contempla a concepção da justiça equitativa, ou seja, os dois princípios escolhidos na posição original.

Este mesmo entendimento é seguido por Mandle (2009) ao afirmar que a estrutura básica além de comportar a ordem jurídica e política, suas instituições controlam o modo como os outros elementos, que formam essa estrutura, relacionam-se entre si. Assim, a estrutura básica equivale ao contexto de como os cidadãos interagem entre si e com o Estado (VOICE, 2011).

Nesta toada, a estrutura básica da sociedade consiste no arranjo de instituições políticas, sociais e econômicas que tornam a sociedade uma cooperação possível e produtiva. Essas instituições têm uma profunda influência na vida cotidiana dos indivíduos, desejos e ambições, bem como em suas perspectivas futuras (FREEMAN, 2007).

A instituição, entendida como sistema jurídico, decorre, como visto acima, de uma concepção de justiça formal que, por sua vez, acarretam o império da lei já mencionado. A intenção do filósofo foi um sistema de normas ou de leis, para que a sociedade possa tomar suas decisões explícitas, coletivas e vinculativas com respeito aos princípios da justiça e, assim, possam ser respeitados os direitos e liberdades fundamentais, com fulcro no próprio império da lei, à medida que as normas estabelecem uma base para expectativas legítimas. Aduz sobre as leis e seu império:

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 foram incertas, incertos também serão os limites das liberdades dos indivíduos (RAWLS, 2016, p. 291).

Essa vinculação das leis às expectativas legítimas e como garantia e limite das liberdades individuais é uma consequência da forma como Rawls arquitetou as instituições da estrutura básica. Como já mencionado alhures, o filósofo faz uma divisão na estrutura básica. Uma “divisão de trabalho” na aplicação dos dois princípios de justiça que se revela crucial para a compreensão do tema tratado.

Conforme o filósofo, a estrutura básica é dividida em duas partes, em que cada um dos princípios da justiça tem campo específico de aplicação. O primeiro princípio, das liberdades iguais é a base da convenção constituinte (segundo estágio da posição inaugural) que se traduz no *status* comum de cidadania igual e realiza a justiça política. Já o segundo princípio é aplicado no estágio legislativo. Essa divisão expressa a prioridade da convenção constituinte sobre o estágio legislativo. Diz o autor:

Esses princípios, como eu já disse, se aplicam em primeiro lugar à estrutura básica da sociedade, regem a atribuição de direitos e deveres e regulam a distribuição das vantagens sociais e econômicas. Sua formulação pressupõe, para os fins da teoria da justiça, que se possa considerar que a estrutura social tem duas partes mais ou menos

distintas: o primeiro se aplica a uma delas e o segundo se aplica a outras. Assim, distinguimos os aspectos do sistema social que definem e garantem as iguais liberdades fundamentais e os aspectos que especificam e estabelecem as desigualdades sociais e econômicas (RAWLS, 2016, p. 74).

Portanto, o primeiro princípio de justiça que se aplica na estrutura básica, é previsto na Constituição, que pode ser escrita ou não (RAWLS, 2016). A interpretação dada a esse primeiro princípio de justiça, conforme exposto nas subseções 1.1 e 1.2 diz respeito a elementos constitucionais essenciais, ou seja, por estarem relacionados a questões fundamentais, devem ser produto de acordo dos indivíduos, dado o pluralismo. Pelo acordo, passam a ser dotados de universalidade a aceitação, e as liberdades não podem ser justificadas e nem compensadas por maiores vantagens sociais e econômicas (RAWLS, 2016).

Nesta seara, fazem parte dos elementos constitucionais essenciais todas as questões fundamentais para garantir os direitos e liberdades básicos iguais, razão pela qual existem os elementos constitucionais essenciais relacionados aos direitos e liberdades fundamentais e cidadania iguais e, também, sobre a estrutura geral do Estado e do processo político, de modo a garantir o primeiro princípio da justiça, e nisso se inclui o Poder Judiciário também. As palavras de Rawls elucidam:

É maior urgência que os cidadãos cheguem a um acordo prático ao fazer julgamentos sobre os elementos constitucionais essenciais. Esses elementos são de dois tipos: a. os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as prerrogativas do Legislativo, do Executivo e do Judiciário; o alcance da regra da maioria; b. os direitos e as liberdades fundamentais e iguais da cidadania que as maiorias legislativas estão obrigadas a respeitar”, e assim considera como “o direito de voto e de participação na política, a liberdade de consciência, de pensamento e de associação, assim como as garantias do Estado de direito.” (RAWLS, 2011, p. 268)

A estrutura básica bipartida permite conciliar liberdade e igualdade. Os direitos e liberdades fundamentais ficam consignados na primeira parte da estrutura básica, na qualidade de elementos constitucionais essenciais, seja pelo fato de ser possível um consenso sobre eles, como pelo papel específico de garantir os direitos e liberdades fundamentais equitativas, além do fato de ser mais fácil a verificação se estão sendo satisfeitos pela sociedade (RAWLS, 2011). Portanto, sustenta a expectativa legítima de direitos individuais fundamentais, principalmente da cidadania igual.

Neste mister, decisões a respeito de questões que envolvam elementos constitucionais essenciais e de justiça da estrutura basal e suas políticas públicas devem ser justificáveis a todos os cidadãos, não por verdades que são aceitas hoje amplamente pelos cidadãos ou a eles acessíveis, nem por doutrinas razoáveis abrangentes, mas sim, pela razão pública, conforme já

mencionado na subseção 1.1.

Já o segundo princípio, que inclui o da diferença, é aplicado na fase legislativa e está associado à justiça distributiva, ou seja, às desigualdades sociais e econômicas. Apesar de expressar valores políticos, não constitui elemento constitucional essencial porque é vinculado ao outro papel da estrutura básica, qual seja, de equalizar o valor das liberdades. Este segundo princípio é utilizado como um guia para as deliberações dos legisladores democráticos, sobre leis e políticas sociais e econômicas que regulam oportunidades, produção e consumo econômico (FREEMAN, 2007).

Ademais, por depender das circunstâncias sociais e econômicas, não tem como ser prevista a sua aplicação na fase constituinte, pois muitos fatores econômicos e sociais de caráter geral devem ser considerados, motivo pelo qual se aplica na fase legislativa, pois necessita de mais dados do que as liberdades fundamentais. O princípio da diferença: “determina que as políticas sociais e econômicas visem maximizar as expectativas de longo prazo dos menos favorecidos, em condições de igualdade equidade de oportunidades, desde que as liberdades iguais sejam preservadas” (RAWLS, 2016, p. 244).

Tais razões justificam o motivo da liberdade de movimento e da livre escolha de ocupação, assim como, um mínimo social que abarca as necessidades básicas dos cidadãos, enquadrarem-se como elementos constitucionais essenciais, uma vez serem necessários para a igual cidadania, o que não acontece com o princípio da igualdade equitativa de oportunidades e o da diferença, pois essas almejam o ideal igualitário rawlsiano⁵², embora questões dessa natureza também devam ser decididas pelos valores políticos da razão pública, por pertencerem à categoria das questões de justiça básica (RAWLS, 2011).

Nota-se assim que Rawls elabora uma teoria constitucional e, ao estabelecer uma divisão no seu desenho institucional, universaliza os direitos e liberdades fundamentais, pois ao serem institucionalizados como elementos constitucionais essenciais, são capazes de interferir na conduta dos indivíduos e nas associações, ainda que indiretamente, além de oferecer uma melhor sustentação para o sistema de direitos e liberdades individuais relacionados à capacidade de cidadania igual, mostrando-se uma teoria que atende às demandas da democracia constitucional (LOIS, 2008).

Neste mesmo sentido, Viera (1999) diz que a teoria de Rawls contribui para afastar o problema da intangibilidade de algumas cláusulas da Constituição, sem necessidade de recorrer ao naturalismo ou a qualquer outro princípio, pois estariam justificadas de forma racional pela

⁵²A visão igualitária de Rawls foi explicada na seção 1.

superioridade dos direitos fundamentais decorrentes do primeiro princípio de justiça.

Em que pese essas considerações, há críticas à separação artificial de Rawls entre indivíduos e instituições, por não ser possível pensar em justiça sem analisar as condutas individuais, tal postura deixa fora de discussões assuntos como discriminação racial e de gênero, no sentido de que Rawls não desenvolveu uma teoria que pudesse resolver essas injustiças discriminatórias, notadamente em razão da concepção de justiça ser política e ser aplicada às instituições da estrutura básica da sociedade (COHEN, 2008).

Nessa lógica, no que concerne às pautas sobre as referidas discriminações, Rawls (2003) se dedicou à elaboração de uma teoria ideal de justiça para uma sociedade democrática e bem-ordenada. Portanto, o filósofo se preocupou mais com a teoria ideal, em que o princípio da igualdade democrática estaria garantido para todos os cidadãos, já as distorções de renda, poder e autoridade seriam controladas pelo princípio distributivo, sem qualquer ligação com preconceitos raciais ou de gênero. Neste sentido, injustiças sociais seriam problemas enfrentados pela teoria não ideal, motivo pelo qual não poderiam ser discutidas na perspectiva da posição original, tendo em vista que os princípios escolhidos seriam implementados em uma sociedade bem-ordenada.

Assim, o filósofo não enfrentou pontualmente a questão das discriminações, tendo em vista que em sua teoria ideal há obediência estrita ao princípio da igualdade justa de oportunidades de educação e de emprego, sendo irrelevante fatores relacionados à raça, ao gênero ou à orientação sexual. Ademais, quando Rawls adentrou no campo da teoria não ideal, a sua preocupação foi direcionada para uma teoria da democracia (FORTES, 2019).

Rawls (2016) tratou de algumas injustiças da teoria não ideal, como por exemplo, a desobediência civil e a objeção de consciência de lutar numa guerra injusta, e demonstrou que a forma para superar as injustiças depende de escolhas políticas, baseadas em valores políticos. Neste mister, os princípios da teoria ideal podem ser aplicados ou pelo menos orientar no combate às injustiças decorrentes da discriminação e das distinções raciais, verificadas em algumas sociedades plurais contemporâneas (não ideal), notadamente quando afetam significativamente a distribuição de bens primários sociais, mas sempre direcionados às instituições⁵³ (FORTES, 2019).

Na mesma linha, Murphy (1998) rejeita a ideia de que um princípio fundamental como o da diferença não se aplique diretamente às condutas pessoais, defendendo uma arquitetura a

⁵³Nagel (2017) defende a utilização e a constitucionalização das ações afirmativas para superar as discriminações baseadas em gênero, na teoria não ideal, as quais podem ser fundamentadas por meio dos princípios da justiça rawlsiano.

partir dos conceitos de “monismo” em que as pessoas possuem uma responsabilidade pessoal e direta pela justiça e não por meio de instituições.

Entretanto, como já explicado na subseção 1.2, o princípio da diferença não equivale à regra *maximin*, e sua colocação como elemento constitucional essencial tornaria difícil sua aplicação, por depender dos arranjos sociais ocorridos na sociedade, competindo às instituições de fundo as medidas necessárias.

Ademais, a regulamentação de questões econômicas e sociais é necessária, exatamente para equilibrar as desigualdades e evitar a concentração excessiva de renda em mãos de poucos, mediante o princípio da diferença. Neste sentido:

Em conformidade com decisões política tomadas democraticamente, o Estado regula o ambiente econômico ajustando certos elementos que estão sob o seu controle, tais como valor total de investimentos, a taxa de juros, a quantidade de moeda em circulação, e assim por diante. Não existe necessidade de um planejamento abrangente direto. Os consumidores individuais e a empresas têm liberdade para tomar suas decisões de maneira independente, sujeitos somente as condições gerais da economia (RAWLS, 2016, p. 339-340).

As lições de Freeman sobre o assunto são esclarecedoras e demonstram que o princípio da diferença, voltado diretamente às instituições, podem afetar indiretamente a vida dos particulares, pois ao serem feitas as normas elas levam em consideração a vida diária dos cidadãos, razão para influenciar na conduta desses, mas não no sentido de escolhas para seguir seus planos de vida, conforme abaixo:

O princípio da diferença é um princípio para instituições, não para indivíduos. Isso não quer dizer que o princípio da diferença não implica deveres para os indivíduos - ele cria inúmeros deveres para eles. Significa, antes, que o princípio da diferença se aplica na primeira instância para regular convenções econômicas e instituições legais como o mecanismo de mercado, o sistema de propriedades, contrato, herança, valores mobiliários, tributação e assim por diante. E pode-se dizer que uma “regra para fazer as regras” deve observar os indivíduos na vida diária. Deve então ser aplicado diretamente pelos legisladores e reguladores que tomam decisões sobre as regras que regem muitas instituições complicadas nas quais a produção econômica produção, comércio e consumo. Rawls prevê o princípio da diferença como princípio primário para orientar a cidadãos democráticos a debaterem o bem comum, e as decisões dos legisladores que promulgam leis para realizar o bem comum dos cidadãos democráticos. A conduta dos indivíduos é guiado ou regulado por essas leis e normas feitas de acordo com o princípio da diferença. Desta maneira, o princípio da diferença *se aplica indiretamente aos indivíduos*. Isso significa que o princípio da diferença não é projetado para ser levado em consideração e aplicado diretamente pelos consumidores ou empresas à medida que fazem escolhas econômicas específicas (FREEMAN, 2007, p. 99-100 – tradução da autora).

Efetivamente, o foco nas instituições e não na conduta dos indivíduos, além da forma bipartida de aplicação dos princípios de justiça na estrutura basal da sociedade foi uma estratégia não conformadora da realidade, mas sim justificadora da razão pública, e por meio

da qual simplifica divergências sobre doutrinas abrangentes razoáveis e contribui para a cooperação social.

Vita (2007, p. 275) esclarece que o direcionamento de Rawls, sobre as instituições, visa garantir que os indivíduos fiquem livres para viverem suas vidas: “nada tem a dizer sobre como os indivíduos devem viver sua vida e não fornece preceitos para conduta individual”. Mas lembra Pogge (2007, p. 29) que as instituições de uma sociedade podem interferir sobre as escolhas de seus membros, como também no caráter dos indivíduos. Em suas palavras: “[...] as instituições sociais de uma sociedade têm uma influência substancial sobre as escolhas disponíveis para seus membros e até mesmo sobre a formação de suas personalidades”.

Sobre a importância das instituições:

É a razão da coerção, a saber, que instituições básicas são essenciais para a vida social. A característica distintiva das instituições sociais básicas que constituem a estrutura básica é que elas são, de uma forma ou de outra, necessárias para a cooperação social produtiva e, portanto, para a existência continuada de qualquer sociedade, particularmente de uma sociedade relativamente moderna (FREEMAN, 2007, p. 102, tradução da autora)

Portanto, Freeman expõe com clareza o posicionamento de Rawls, ao estabelecer que a teoria tem um foco especial nas instituições da estrutura básica, porque elas são capazes de promover a cooperação social produtiva, sendo essenciais para a vida social e a razão da coerção. Esse modelo institucional demonstra a importância e a prioridade das liberdades, notadamente as liberdades políticas iguais e, exatamente por esse motivo, o princípio do império das leis deve nortear toda a estrutura básica. Neste sentido, os direitos individuais (elementos constitucionais essenciais) são protegidos por este sistema de normas que compreende o sistema jurídico, como forma de proteger os próprios direitos e liberdades individuais (RAWLS, 2016). Assim, sua teoria considera que a justiça é a principal virtude das instituições sociais, demonstrando a importância delas em sua concepção política de justiça como equidade.

Com efeito, o princípio do império da lei possibilita a previsibilidade e a expectativa legítima de direitos, bem como que o sistema seja administrado de forma justa e imparcial, afastando o mérito moral nas discussões públicas.

O que importa dizer que as leis devem ser promulgadas com base nos princípios de justiça equitativa, além disso, conter as garantias do Estado de Direito, quais sejam: boa-fé; que sejam possíveis de serem cumpridas, pois ao impor leis, o sistema jurídico não pode considerar irrelevante a incapacidade de cumprimento, pois afetaria a liberdade do indivíduo sofrer sanções que não teria capacidade de cumprir; que sejam aplicadas da mesma forma aos casos

semelhantes, de modo a diminuir a discricionariedade de juízes e de outras autoridades; de que não haverá crime sem lei anterior; da justiça natural, ou seja, o sistema legal conter normas com o sentido de assegurar a realização de audiências e julgamentos disciplinados; devido processo legal, isto é, um procedimento razoavelmente concebido para a apuração da verdade; da imparcialidade e independência dos juízes (RAWLS, 2016). Sobre a questão do princípio do império da lei, transcreve-se, a título de exemplo, o procedimento das instituições parlamentares, comentadas por Rawls:

Assim, as instituições parlamentares são definidas por determinado sistema de normas (ou por uma família de tais sistemas, para permitir variações). Essas normas enumeram certas formas de ação que vão da realização de sessões do parlamento passando pela votação de projetos de lei, ao levantamento de questões de ordem. (RAWLS, 2016, p. 66-67)

Portanto, pelo império da lei são determinadas todas as condutas e ações a serem praticadas, em respeito ao Estado de Direito, de modo a garantir o cumprimento dos princípios da justiça nele embutidos.

Por isto, resta demonstrado que a liberdade (primeiro princípio) corresponde ao complexo de direitos e deveres definidos por instituições. Tal situação decorre da natureza contratual das partes na posição original e, portanto, a existência de um legalismo será a aspiração de uma sociedade bem-ordenada. Essa questão é deixada bem clara no trecho abaixo:

O princípio da legalidade encontra, então, um fundamento firme no acordo de pessoas racionais que querem instituir para si mesmas o grau máximo de liberdade igual. Para terem confiança na posse e no exercício dessas liberdades, os cidadãos de uma sociedade bem-ordenada normalmente desejarão que se preserve o império da lei (RAWLS, 2016, p. 297)

Com efeito, o respeito ao princípio da legalidade configura respeito pela própria liberdade, uma vez a liberdade estar prevista na lei, por meio de acordo estabelecido entre as partes, consideradas como pessoas racionais.

Ademais, no momento em que Rawls concebeu à estrutura básica a observância da justiça formal, do Estado de Direito, e o respeito às expectativas legítimas, procurou garantir, por meio do império legal, a justiça equitativa, pois se as leis foram feitas conforme a concepção da justiça e sendo respeitadas, tem-se a justiça substantiva. Chega-se a este entendimento pelo fato das instituições terem um papel estabilizador. A citação a seguir leva a essa conclusão:

[...] onde encontramos a justiça formal [...] é provável que também encontraremos justiça substantiva. O desejo de obedecer às leis de maneira imparcial e constante, de tratar casos semelhantes de maneira semelhante e de aceitar as consequências da aplicação de normas públicas tem uma ligação íntima com o desejo, ou pelo menos

com a disposição, de reconhecer os direitos e liberdades dos outros e de repartir com equidade os benefícios e os encargos da cooperação social. Um desejo costuma associar-se ao outro (RAWLS, 2016, p. 72)

Neste diapasão, Rawls deixa claro que onde há justiça formal presume-se a justiça substantiva. Ademais, aquele que obedece às leis legítimas e imparciais, que estabelecem direitos e deveres, intrinsecamente reconhece e respeita os direitos e liberdades dos demais, assim como tem predisposição de participar do esquema equitativo de cooperação social, pois sabe que agindo assim, age também, em benefício próprio, uma vez pretender que seus direitos e liberdades também sejam respeitados, levando à noção de reciprocidade.

Assim, as instituições correspondentes ao sistema jurídico têm a importante função normativa de atribuição de direitos e deveres, no sentido de governarem as interações dos particulares entre si, e desses com o Estado, além da função coercitiva, no sentido de o Estado usufruir do monopólio do poder coercitivo para fazer cumprir os requisitos normativos das instituições (VOICE, 2011). Esses dois importantes papéis das instituições levam a ideia de legitimidade, pois tendo sido elaboradas com base nos princípios de justiça, são leis legítimas e há uma aceitação por todos, ainda que possa ocorrer casos específicos de desobediência civil e objeção à consciência⁵⁴. A legitimidade está interligada ao justo⁵⁵, embora não se confundam.

A partir da ideia de leis legítimas, surgem as expectativas legítimas, pois sempre são baseadas nessas normas. Assim, para além das instituições, não existe ideia prévia e independente do que se pode esperar ou mesmo do que se tem direito, muito menos o que o contexto da estrutura básica tem a oferecer. Por conseguinte, todas as reivindicações, que surgem no interior da estrutura básica, são baseadas nessas leis legítimas (instituições)⁵⁶,

⁵⁴ Desobediência civil “como um ato político e público, não violento e consciente contra a lei, realizado com o fim de provocar uma mudança nas leis ou nas políticas do governo [...] ela não requer que o ato de desobediência civil transgrida a mesma lei contra a qual protesta”. Considera que “num regime constitucional os tribunais podem, por fim, alinhar-se com os dissidentes e declarar a inconstitucional a lei ou política questionada”. (RAWLS, 2016, p. 453-454). Objeção de consciência “é o não cumprimento de uma exigência legal (ou comando administrativo) mais ou menos direta [...] A pessoa simplesmente se recusa, com base em razões de consciência, a obedecer a uma ordem ou a cumprir um mandado legal [...] não se fundamenta obrigatoriamente em princípios políticos [...]” (RAWLS, 2016, p. 458-459). Rawls, considera que a justificação pública dos princípios pode gerar a objeções legítimas de consciência e cita o exemplo de que “numa sociedade livre, ninguém pode ser obrigado, como os primeiros cristãos o era, a realizar atos religiosos, o que representa uma violação à liberdade igual, nem deve um soldado obedecer a comandos de inerente malignidade enquanto aguarda um recurso a uma autoridade superior”. (RAWLS, 2016, p. 461-462).

⁵⁵ Nem sempre o que é legítimo é justo. A legitimidade é uma noção mais fraca do que é justiça. As leis e decisões democráticas são legítimas porque aprovadas de forma legítima e não porque são justas (RAWLS, 2003).

⁵⁶ Estas ideias enfraquecem as objeções de Habermas: “Como o próprio Estado de direito, (o paradigma legal procedimental) retém um núcleo dogmático: a ideia de autonomia segundo a qual os seres humanos só agem como sujeitos livres na medida em que obedecem somente àquelas que deram a si próprios em conformidade com os *insights* que adquiriram intersubjetivamente. É preciso reconhecer que isso é dogmático apenas em um sentido inócuo. Porque essa ideia expressa uma tensão entre facticidade e validade [...]”. (*apud* RAWLS, 2011, p. 504)

portanto, não podem passar por cima dos princípios de justiça e da liberdade e oportunidades que elas garantem.

Assim, as expectativas legítimas substituem o mérito moral⁵⁷, no sentido de ser evitado na vida pública discussões baseadas em doutrinas abrangentes, nos termos já analisado na subseção 1.1, quando discorrido sobre razão pública inclusiva e exclusiva, como também no sentido de não justificar direitos por merecimentos. A este último aspecto, cabem os comentários de Sandel:

Se a justiça distributiva não é uma questão de recompensar o mérito moral, isso significa que as pessoas que trabalham com afinco e respeitam as regras não têm nenhum direito às recompensas por seus esforços? Não, não é bem assim. Rawls faz uma distinção importante, porém sutil – entre mérito moral e o que ele denomina “direitos a expectativas legítimas”. Diferentemente da reivindicação do mérito, o direito às expectativas só pode existir quando determinadas regras do jogo estiverem estabelecidas. Ele só não pode dizer de antemão como estabelecer as regras (SANDEL, 2017 p. 199).

Dessa forma, os direitos individuais e fundamentais garantidos pelo sistema jurídico, como mencionado em linhas atrás, não implicam em dizer que a concepção de justiça como equidade apenas se preocupa em garantir liberdades típicas do liberalismo, mas sim, garantir a própria ordem dos direitos fundamentais, no sentido que seja realizada a justiça de fundo. Nesta toada, as regulamentações ocorrem em todos os aspectos do sistema jurídico dentro da estrutura básica, como no campo da política, da economia e do social, inclusive no âmbito familiar (já que a família é uma instituição da estrutura básica). Abaixo, interessante comentário de Rawls sobre o seu liberalismo:

Tanto indivíduos como associações necessitam de proteção, assim como as famílias também precisam ser protegidas e associações e do Estado e, de maneira similar, membros individuais das famílias precisam ser protegidos de outros membros da família (as esposas dos maridos, os filhos dos pais). É incorreto afirmar que o liberalismo concentra-se, exclusivamente, nos direitos dos indivíduos. De modo mais preciso, os direitos que reconhece objetivam proteger associações, grupos pequenos e indivíduos uns aos outros, em um equilíbrio apropriado especificado pelos princípios de justiça que o norteiam (RAWLS, 2011, p. 261).

Portanto, Rawls não considera que os direitos e liberdades fundamentais são direitos individuais e visam proteger somente o indivíduo em si mesmo, mas uns contra os outros, como também com relação ao Estado, bem como no plano coletivo, visando a efetividade da

⁵⁷Em comentários de Rawls (2003, p. 103): “Dizer que a justiça como equidade rejeita um conceito como esse é incorreto. Ela reconhece pelo menos três ideias que na vida de todos os dias são consideradas ideias de mérito moral. Primeiro, a ideia de mérito moral em sentido estrito, ou seja, o valor moral do caráter de uma pessoa como um todo (e das virtudes de uma pessoa) de acordo moral abrangente; em segundo lugar, a ideia de expectativas legítimas (e a ideia de direitos a ela associada), que o outro lado do princípio da equidade (teoria § 48); e, em terceiro lugar, a ideia de merecimento especificada por um esquema de normas públicas elaborados para atingir certos propósitos”.

concepção política de justiça como equidade.

A estrutura básica é composta de outras instituições, como por exemplo a família, por isso que as leis ocupam papel especial não somente por implicar nas outras instituições, como também, no cotidiano dos indivíduos, seja coagindo a uma determinada conduta ou restringindo, dentro da estrutura básica. As leis podem também, indiretamente, influenciar os projetos de vida pessoal, mas nunca diretamente. Consta em sua obra:

Para alcançar seus objetivos, é preciso impor certas exigências à estrutura básica além daquelas do sistema de liberdade natural. É preciso estabelecer um sistema de mercado livre no contexto de instituições políticas e legais que ajuste as tendências a longo prazo das forças econômicas a fim de impedir a concentração excessiva de propriedade e da riqueza, sobretudo aquela que leva à dominação política. A sociedade tem de estabelecer, entre outras coisas, oportunidades iguais de educação para todos independentemente da renda familiar (RAWLS, 2016, p. 247).

Pela citação, denota-se que Rawls é adepto da ideia da interferência do Estado na economia, como forma de restaurar a justiça e evitar possíveis distorções. Claramente é notada a importância da participação do Estado, inclusive na economia, como forma de regular a estrutura básica. Apesar dessa possibilidade, Rawls preserva duas instituições que são preponderantes nas sociedades democráticas contemporâneas: o mercado competitivo e a propriedade privada. Neste sentido, apenas como forma de evitar um acúmulo excessivo por poucos em prejuízo da maioria, ou seja, a concentração de renda ou acúmulo de riquezas, capaz de gerar uma desigualdade injusta e ocasionar a dominação política, admite a intervenção, conforme texto transcrito acima.

Neste aspecto, Nozick (2011) apresenta argumentos contrários à concepção de justiça de John Rawls, tanto no aspecto da economia, como em outros discutidos na subseção 1.2. Em sua frase “Se o Estado não existisse, seria necessário inventá-lo? ”, já demonstra que a sua ideia de Estado é totalmente diferente da concepção de Rawls, sendo um dos pontos conflitantes entre os dois filósofos (NOZICK, 2011, p. 3). Classificado como libertário, Nozick (2011) entende que apenas um Estado mínimo, limitado a fazer cumprir contratos e proteger as pessoas contra a força, o roubo e a fraude, é justificável. Impostos sobre pessoas ricas e a obrigação de ajudar os pobres são formas de coação à liberdade individual do rico. Portanto, para este autor, justiça distributiva deve atender apenas a justiça na aquisição e transferência das posses.

Na realidade, os libertários, rejeitam leis que protegem as pessoas contra si mesmas; leis sobre a moral; e redistribuição de renda e riqueza (SANDEL, 2017). Por conseguinte, Nozick contrasta com Rawls em relação ao papel do Estado e a própria concepção de justiça distributiva e sobre os direitos das pessoas. Contudo, este filósofo libertário procurou desenvolver uma

teoria moral sobre o Estado e os direitos individuais. Assim dispõe: “Que espaço os direitos individuais deixam para o Estado?” (NOZICK, 2011, p. IX)

Assim, no que tange ao Estado, Nozick (2011) compreende que ele surge do estado de natureza, mas diferentemente de Locke, não houve necessidade de ser formado um governo e uma sociedade civil, mas sim, por meio de uma mão invisível – a mesma do sentido de Adam Smith (2009) – surgem associações não estatais (anarquismo), denominadas de agências de proteção mútua que, pela posição dominante de uma delas é formado o Estado ultramínimo e, como forma de impedir as demais agências de atuarem, origina-se o Estado mínimo, detentor do monopólio da força. Assevera Nozick (2011), que pelo processo da mão invisível, essa transformação ocorre de forma moralmente aceitável e sem violar os direitos de ninguém. Estes são os argumentos que legitimam o Estado mínimo que defende.

Neste sentido, Nozick desenvolve sua teoria enaltecendo os direitos individuais, os quais não podem ser violados pelo Estado. Contudo, não desenvolve uma teoria abrangente sobre como surgem esses direitos, referindo-se, em momentos de sua obra, ao imperativo categórico de Kant, ao afirmar que os direitos dos indivíduos são restrições morais indiretas e não objetivos a serem alcançados. Em suas palavras:

As restrições indiretas à ação refletem o princípio kantiano implícito de que os indivíduos são fins e não simplesmente meios; não podem ser sacrificados ou usados para a realização de outros fins sem o seu consentimento. Os indivíduos são invioláveis (NOZICK, 2011, p. 39).

Portanto, seguindo a interpretação que concede à doutrina kantiana, entende que tratar os indivíduos como fins implica respeitar os fins que eles possuem, ou seja, respeitar suas escolhas e não interferir em sua liberdade, além de não serem coagidos, pois coerção significa trata-los como meios (NOZICK, 2011). E essa inviolabilidade dos indivíduos decorre de serem agentes morais e racionais, possuírem livre arbítrio e terem capacidade de moldar suas vidas com alguma concepção geral que lhes couber escolher. Desta forma, as pessoas devem ser concebidas individualmente e de forma separadas.

As restrições morais, mencionadas acima, compreendem a proibição libertária à agressão, tornando-se imoral a redistribuição de renda e riqueza, o paternalismo e a legislação sobre moral. Ademais, restam proibidos o uso da força e da ameaça de força, exceto para autodefesa. Para Nozick (2001), a proibição à legislação sobre moral decorre do fato de ser contrário a força coercitiva da lei para promover virtudes ou expressar doutrinas abrangentes da maioria. O paternalismo corresponde à violação da liberdade individual mediante regras que protejam as pessoas contra si mesmas, como por exemplo, sobre o uso de cinto segurança

obrigatório. E a defesa de nenhuma redistribuição de renda e de riqueza consiste no sentido de impedir leis que constituam como dever ter que ajudar outra pessoa, assim como a imposição de tributos. Nozick (2011) considera, inclusive, que imposto sobre a renda equivale a um trabalho escravo e, portanto, imoral.

Assim, considera que qualquer padronização de justiça interfere na liberdade das pessoas e não considera erradas as desigualdades econômicas. Para este filósofo libertário, a justiça deve se atentar apenas na distribuição das posses e admite três condições: justiça na aquisição da posse; justiça em sua transferência; e justiça na retificação. Para tanto, será legítima a posse desde que não seja resultado de ilícitos, portanto, qualquer distribuição resultante do livre mercado é justa, desenvolvendo uma teoria da justiça baseada na titularidade. No mais, em situações de difícil averiguação da aquisição da posse, sendo considerada ilícita, poderá ocorrer uma redistribuição com fins apenas de corrigir uma injustiça do passado e não buscar uma justiça equitativa (NOZICK, 2011).

Rawls (2011) enxerga a visão libertariana como uma ideia depreciada do liberalismo, pois além de não atribuir nenhum papel à estrutura básica, o ideal de justiça desta doutrina consiste em regular a aquisição e transferência de propriedade, sem se preocupar com uma estrutura basal equitativa da sociedade, ao contrário da justiça por equidade, que entende que somente assim os indivíduos e as associações ficam livres para perseguirem seus fins e sem que estejam sujeitos a restrições excessivas.

Neste diapasão, Rawls refuta a teoria da titularidade, pois considera que a distribuição desta forma sofre influência de contingências naturais e sociais, conforme mencionadas na seção anterior e, portanto, são arbitrárias e não justas, sendo que, somente pela aplicação do princípio da diferença é possível haver justiça, respondendo, assim, às críticas libertarianas.

A elaboração da concepção política da justiça como equidade aponta à ideia da sua auto estabilização, decorrente do senso de justiça, conforme analisado no item 1.1. Entretanto, a teoria não pode ser analisada isoladamente, tendo as instituições da estrutura básica funções primordiais, já que a estrutura basal é o objeto primeiro da justiça, e onde são aplicados os princípios, conforme já exhaustivamente comentado. Dessa forma, a publicidade que elas conferem aos princípios, aliado ao poder coercitivo das normas institucionais contribuem para a estabilidade.

Embora Habermas formule críticas a Rawls, por não se definir ao que realmente seria capaz de gerar sustentação à justiça equitativa, elas foram sanadas pelo filósofo americano, no sentido que o conjunto da obra é que sustenta a sua concepção política de justiça como equidade, pois restam interligadas as instituições (reconhecimento público pela sociedade política) com a

ideia de auto estabilidade e de legitimidade (RAWLS, 2011). Ademais, a teoria gera seu próprio apoio de estabilidade⁵⁸, porque as concepções de justiça e do bem são compatíveis e a teoria como um todo é congruente, além do fato de estar alinhada com os princípios da psicologia moral.

Nesta toada, torna-se importante a divisão institucional da estrutura básica, com a existência de normas que se aplicam diretamente aos cidadãos (indivíduos e associações) e que eles devem cumprir em suas transações particulares; e normas que não lhes são aplicadas diretamente, mas que buscam manter a justiça de base. Daí resulta a divisão da estrutura e a aplicação diferenciada dos dois princípios de justiça, sendo o primeiro (liberdades básicas iguais), aplicado para definir o pano de fundo social e o segundo, para manter a justiça de base. Portanto, esse desenho institucional na estrutura básica é um ideal de justiça social.

2.2 O PODER JUDICIÁRIO COMO INSTITUIÇÃO

Nota-se, pelo ajuste obtido da posição original, o estabelecimento pelas partes de um Estado democrático constitucional, de onde se pode extrair que irão acordar pela existência dos poderes do Estado dentro da estrutura basal, tendo em vista ser uma característica dos estados democráticos a separação dos poderes⁵⁹ em Executivo, Judiciário e Legislativo. Consta, literalmente na obra, que fazem parte da estrutura básica, o Judiciário:

A Constituição política com um judiciário independente, as formas legalmente reconhecidas de propriedade e a estrutura da economia (na forma, por exemplo, de um sistema de mercados competitivos com propriedade privada dos meios de produção), bem como, de certa forma, a família, tudo isso faz parte da estrutura básica (RAWLS, 2003, p. 14).

Além do Judiciário independente, Rawls expressamente menciona os julgamentos como parte das instituições básicas, em outra passagem do seu livro, que se transcreve: “Como

⁵⁸ A estabilidade mencionada por Rawls ao sistema de justiça é uma estabilidade relativa, ou, como o próprio filósofo menciona, uma quase estabilidade, pois “se o equilíbrio é estável, então todas as variáveis retornam aos seus valores de equilíbrio depois que um distúrbio desequilibrou o sistema; no equilíbrio quase estável, apenas algumas das variáveis retornam à sua configuração de equilíbrio”. (RAWLS, 2016, p. 563). E aduz: “Uma sociedade bem-ordenada é quase estável no tocante à justiça de suas instituições e ao senso de justiça necessário para manter tal condição. Embora uma mudança nas circunstâncias sociais possa fazer com que suas instituições deixem de ser justas, no devido tempo elas são reformadas da forma exigida pela situação, e a justiça é restaurada”. (RAWLS, 2016, p. 563)

⁵⁹ Foram os norte-americanos James Madison, Alexander Hamilton e John Jay que idealizaram o sistema federalista, com base na Separação dos Poderes de Montesquieu, mas com um Poder Judiciário forte, capaz de estabelecer freio e contrapesos aos demais Poderes e trouxe a ideia da supremacia da Constituição. Não pretendeu estabelecer a superioridade do Poder Judiciário em face do Poder Legislativo, mas sim como forma de controle e de respeito das leis à Constituição. (HAMILTON; MADISON; JAY, 1993).

exemplos de instituições ou, de forma mais geral, de práticas sociais, podemos citar jogos ou ritos, julgamentos e parlamentos, mercados e sistemas de propriedade” (RAWLS, 2016, p. 66).

Neste contexto, o Judiciário com sua atividade jurisdicional faz parte do aparato institucional da concepção política de justiça como equidade desenvolvida por Rawls. Ademais, somente o Estado, notadamente por meio do Poder Judiciário, teria o condão de aplicar sanções mais fortes, objetivos também do arcabouço institucional básico de Rawls. Nestes termos:

Os organismos constitucionais definidos por esse sistema geralmente têm o direito legal exclusivo de exercer pelo menos as formas mais extremas de coerção. Os tipos de coerção que as associações privadas podem empregar são rigorosamente limitados. Ademais, a ordem legal exerce uma autoridade última sobre um determinado território bem definido (RAWLS, 2016, p. 191-192)

Por este entendimento, Rawls objetiva uma estabilidade maior à concepção da justiça equitativa pelos indivíduos, pois a percepção de que o descumprimento das normas é passível de sanção, seja qual for a penalidade, induz às pessoas a ideia que todos estão cumprindo as leis e contribuindo para a cooperação social, no âmbito da teoria ideal e, na não ideal, dadas as condições normais da vida humana, é necessária a existência de poder coercitivo e de um órgão julgador imparcial. Os trechos abaixo sintetizam esse pensamento:

Um tipo de ação injusta é a incapacidade, por parte de juízes e de outras autoridades, de aplicar a lei apropriada ou de interpretá-la corretamente (RAWLS, 2016, 291).

[...]

É razoável supor que, mesmo numa sociedade bem-ordenada, os poderes coercitivos do Estado são até certo ponto necessários para a estabilidade da cooperação social. Embora todos saibam que compartilham um senso comum de justiça e que cada um deseja aderir aos arranjos existentes, mesmo assim os cidadãos podem não ter plena confiança uns nos outros (RAWLS, 2016, p. 297).

Desta forma, o Judiciário e os julgamentos estão também sobre este comando, por fazerem parte da estrutura básica desenhada por Rawls. Abaixo o posicionamento do filósofo a respeito dos juízes e julgamentos judiciais:

O papel dos juízes é fazer precisamente isso, e ao fazê-los, eles não dispõem de nenhuma outra razão valor, a não ser aqueles de índole político. Fora isso, devem decidir de acordo com o que pensam que os casos precedentes, as práticas e tradições constitucionais e os textos históricos constitucionalmente importantes exigem [...] É claro que os juízes não podem invocar a própria moralidade pessoal, nem os ideais e as virtudes da moralidade em geral [...] Mais precisamente, devem recorrer aos valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e se seus valores políticos e justiça e razão pública (RAWLS, 2011, p. 278-279).

Assim, Rawls (2016) defende o império da lei, e somente por meio da justiça procedimental pura – em que há uma estrutura básica justa, que conta com uma constituição política justa e com uma organização justa das instituições sociais e econômicas – existirá o

necessário procedimento justo, por levar a um resultado justo, seja qual for, contanto que tenha sido aplicado corretamente o procedimento. Moldada dessa forma a estrutura básica, chega-se à ideia de razão pública, conforme examinada na subseção 1.1.

Rawls, como já comentado, elaborou, também, uma típica teoria constitucional e defendeu uma democracia constitucional dualista, ou seja, o filósofo distingue o poder constituinte (segundo estágio e primeiro princípio) do poder ordinário (terceiro estágio e segundo princípio), bem como a lei mais alta do povo da lei ordinária aprovada por instituições legislativas, rejeitando assim, a supremacia parlamentar. Para tanto, considera a existência de um Poder Judiciário Constitucional – tribunal supremo, como forma de proteger a lei mais alta, por meio de decisões pautadas na razão pública, afastando legislações que estejam em desacordo com o texto constitucional. Assim discorre:

Um tribunal supremo encaixa-se nessa ideia de democracia constitucional dualista, como um dos dispositivos constitucionais para proteger a lei mais alta. Ao aplicar a razão pública, o tribunal age para evitar que a lei seja erodida pela legislação de maiorias transitórias ou, o que é mais provável, que corresponda a interesses estreitos, organizados e muito bem posicionados para fazer valer seus pontos de vista. Se o tribunal assume esse papel e o cumpre de forma efetiva, é incorreto afirmar que isso é claramente antidemocrático. (RAWLS, 2011, p. 276)

O constitucionalismo defendido por Rawls (2011), é fundamentado por cinco princípios: 1) o dualismo, conforme acima mencionado, que engloba a ideia de poder constituinte do povo para estabelecer um novo regime e do poder ordinário das autoridades públicas e do eleitorado, exercido na política cotidiana, sendo que o poder constituinte institui uma estrutura para regular o poder ordinário; 2) na ideia de lei mais alta e de lei ordinária, sendo que a lei mais alta é a expressão do poder constituinte do povo, ao passo que a legislação ordinária se reveste de autoridade e constitui expressão do poder ordinário do Legislativo e do eleitorado, o qual é guiado pela lei mais alta; 3) que a Constituição democrática corresponde à lei mais alta, e é uma expressão fundada em princípios do ideal político de um povo de autogovernar de certa maneira. Neste aspecto, o objetivo da razão pública é articular esse ideal; 4) que a Constituição contém uma Carta de Direitos, em que são fixados os elementos essenciais, como direitos e liberdades e as garantias do Estado de Direito. Nesta parte são estabelecidos os procedimentos que o povo pode expressar sua vontade democrática refletida; 5) que o poder supremo é exercido pelos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), sendo que o Tribunal Supremo é apenas o intérprete judicial de última instância da Constituição.

Para Rawls, o tribunal supremo deve exercer o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis ou a revisão judicial, cumprindo o papel de intérprete último das

leis e, assim, serve de exemplo da razão pública, já que todas as suas decisões devem ser fundamentadas nela, prolatando decisões que expressem a melhor interpretação da Constituição, valendo-se do conhecimento de que a Constituição e os precedentes constitucionais requerem.

Neste ponto, a teoria por equidade recebeu objeções de Habermas (1998), que entende que a legitimação do direito ocorre por meio da democracia e a base da democracia é o agir comunicativo. A base do direito é o consenso, por meio da democracia deliberativa. Dessa forma, para Habermas, o Poder Judiciário não pode declarar inconstitucional uma lei aprovada com base no procedimento democrático, pois violaria a soberania popular (RAWLS, 2011).

Por não serem as críticas de Habermas elemento central desta subseção, sua abordagem será restrita a uma transcrição da defesa geral dada por Rawls, o qual entende que não viola a soberania popular, por não ser antimajoritária a decisão dos juízes, notadamente quando fundamentadas com a concepção política de justiça e nos moldes apresentados pela razão pública. Abaixo, suas palavras:

O Tribunal não é antimajoritário em relação à lei mais elevada, quando suas decisões estão razoavelmente de acordo com a própria Constituição, com as emendas que recebeu e com as interpretações feitas sobre ela que tenham sido politicamente determinadas. (RAWLS, 2011, p. 276)

Portanto, Rawls considera que cabem aos magistrados interpretar a Constituição, levando-se em consideração a concepção pública de justiça nela estabelecida, recorrendo-se a valores políticos de justiça e da razão pública⁶⁰, sem invocar ideais ou a própria moralidade pessoal. Ressalta que o princípio da diferença⁶¹ não pode ser invocado em juízo, exceto se for diretriz de uma lei, mas reconhece que se pode recorrer à Justiça em busca de um mínimo social esperado por necessidades básicas. Assim, redige:

A Constituição não é o que a Suprema Corte diz que é. Mais precisamente, ela é o que

⁶⁰Conforme explicado na subseção 1.1.

⁶¹Conforme Freeman (2007, p. 206 e 207): “o principal motivo dessa restrição parece ser o argumento de Rawls para a revisão judicial da legislação democrática. Ele parece assumir que, se o princípio da diferença for incluído em uma constituição política (escrita), os tribunais estarão em posição de revisar e reverter as decisões democráticas sobre política econômica, o que Rawls deseja evitar um tipo de limitação à igualdade de liberdades políticas, que pode ser justificada, por conta de Rawls, apenas para proteger um esquema totalmente adequado de liberdades básicas [...] Mas e se uma legislatura eleita democraticamente decidir não atender às necessidades básicas dos menos favorecidos? Ou, se decidir não proporcionar oportunidades iguais e justas? Essas parecem violações graves do segundo princípio da justiça, mas Rawls, em Teoria, parece não ter meios institucionais explícitos para corrigi-las. Em seus trabalhos posteriores, Rawls distingue os requisitos do princípio da diferença, que não é essencial à constituição, de um mínimo básico de renda e riqueza adequado ao exercício efetivo das liberdades básicas. Rawls sustenta que um mínimo social básico é um essencial constitucional que não pode ser infringido pela legislação promulgada democraticamente. Isso implica que as legislaturas democráticas têm o dever constitucional de fornecer um mínimo social adequado e que a adequação de o mínimo social é passível de revisão pelos tribunais sob o poder da revisão judícia”.

o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, por fim permitirá à Corte dizer o que é (RAWLS, 2011, p. 281).

Essa possibilidade de o Judiciário revisar uma legislação e, portanto, uma regra da instituição, não interfere na estabilidade almejada pela concepção política de justiça (RAWLS, 2011). Isso porque, pelo princípio da participação política, decorrente das liberdades iguais e de onde deriva o *status* da igual cidadania, cabe ao povo reformar as instituições vigentes, pois as transformações na sociedade podem sugerir modificações das instituições estabelecidas, mas desde que mediante um procedimento efetivamente deliberativo, nos termos previstos na Constituição.

Assim, estabilidade das instituições difere da estabilidade da concepção de justiça, embora estejam interligadas (RAWLS, 2003). Neste sentido:

O poder político, é sem dúvida, sempre um poder coercitivo respaldado pelo aparato estatal para a aplicação de suas leis. Mas, num regime constitucional o poder político é também o poder de cidadãos iguais como corpo coletivo (RAWLS, 2003, p. 260)

Rawls (2011, p. 275) defende, assim, na teoria ideal e não ideal, uma justiça substantiva e não procedimental, pois compreende que “a ideia de Constituições e leis fundamentais corretas e justas sempre é determinada pela concepção política de justiça que é mais razoável, e não pelo resultado de um processo político efetivo.” Neste cenário, justiça procedimental e substantiva estão relacionadas e não separadas, pois é necessário seguir certos procedimentos equitativos decorrentes do império da lei, para assegurar a todos igual oportunidade de defender sua posição em um processo político.

Seguindo a linha de junção de justiça substantiva e procedimental e retornando à questão de julgamentos jurisdicionais como instituições, surgem as noções de justiça procedimental perfeita e imperfeita (explicadas em nota de rodapé na subseção 2.1). Em julgamentos, há possibilidade de haver erros, em decorrência de padrões processuais para determinar a culpabilidade e evitar a condenação de pessoas inocentes, decorrente, em parte, da própria falibilidade humana e de contingências imprevisíveis que possam afetar as provas, mas que, obviamente, não são frequentes. Isso demonstra a importância de instituições, ou seja, do direito legislado com base nos princípios de justiça para a própria garantia das liberdades fundamentais (RAWLS, 2003).

Com esse mesmo entendimento, Vieira discorre:

As formulações de Rawls, recolocando a discussão ética no âmbito da Política e do Direito, servem à análise das cláusulas constitucionais intangíveis, uma vez que podem auxiliar sua justificação no campo ético, porém não metafísico. Os princípios da justiça, os consensos sobrepostos e os essenciais constitucionais, cada um na sua

esfera, não constituem valores transcendentais como os direitos naturais, mas princípios decorrentes da razão humana, voltados à organização da sociedade em que os homens são compreendidos como fins, e não como meios. Neste sentido a teoria da justiça de Rawls não é meramente procedimental, [mas] há, portanto, uma ética substantiva que permeia o discurso de Rawls (VIEIRA, 1999).

Pelas observações transcritas acima, os princípios da justiça aplicados nas regras institucionais da estrutura básica demonstram que a teoria rawlsiana não é meramente procedimental, mas contém uma ética substantiva que, na realidade, envolve toda a teoria de justiça de Rawls, com traços semelhantes a doutrina kantiana, notadamente ao enfatizar, na prática, a necessidade de respeito aos direitos humanos e, assim, considerar os seres humanos como fins e não meios. Além disso, corrobora o entendimento da subseção 1.2, de estar dissociada da metafísica, ante a conotação política.

No mais, em face da razão pública, em hipótese de desacordos relacionados à estrutura básica, é o Estado – com seu poder coercitivo, por meio da jurisdição, como garantia do respeito à lei e, portanto da própria liberdade e direitos individuais –, que deve solucionar e não por outros métodos alternativos, para que a razão pública seja respeitada, pois apesar de Rawls argumentar a favor da cooperação social equitativa para a estabilidade da concepção de justiça ao longo do tempo, há possibilidade de desacordos. Ademais, considerando o aparato institucional montado por Rawls, apenas o Judiciário imparcial teria o dever supremo de respeito à razão pública, e capacidade de decidir em casos que envolvam questões de justiça básica, essencial para que as pessoas possam seguir seus planos de vida.

Não que este poder coercitivo seja o mais importante na teoria ideal, mas juntamente com o senso de justiça dos cidadãos, colabora para a estabilidade. Não se trata de um *modus vivendi*, como citado na seção anterior, mas sim, de todo o contexto da razão pública que leva à expectativa de direitos e onde o poder coercitivo é necessário para dar sustentação.

Freeman, assim resume:

Todas essas instituições de base devem ser projetadas para que, quando suas regras sejam cumpridas e as expectativas legítimas das pessoas sejam atendidas, o resultado final seja aquele que beneficie ao máximo os menos favorecidos. “Justiça pura de fundo processual” significa, então, que uma vez que os agentes se envolvam em cooperação econômica de acordo com os termos dessas regras e instituições antecedentes e formem suas expectativas de acordo, uma justa distribuição de renda, riqueza, poderes e posições de autoridade será qualquer distribuição resultante do pleno cumprimento dos requisitos institucionais dessas instituições básicas (FREEMAN, 2007, p. 126-127, tradução da autora).

A forma como Rawls arquitetou as institucionais básicas (bipartida), fez do sistema jurídico a mais elementar instituição, conferindo tratamento prioritário para os direitos e liberdades fundamentais em relação à redução das desigualdades econômicas e sociais, com a

capacidade de associar direitos humanos, renda e riqueza em sua teoria. A passagem abaixo sintetiza isso:

[...] qualquer concepção política exequível de justiça que possa servir de base pública de justificação e que se possa razoavelmente esperar que os cidadãos reconheçam deve levar em conta a vida humana, a satisfação das necessidades humanas e dos objetivos humanos básicos como um bem geral [...] (RAWLS, 2011, p. 208-209).

Neste aspecto, mais uma vez o libertário Nozick apresenta objeções, pois considera ilegítimo o Estado destinar as instituições sociais para que se obtenha maior igualdade de condições materiais, por meio do princípio da igualdade equitativa de oportunidades. Por outro lado, a teoria rawlsiana defende que cabe ao Estado, por meio das instituições da estrutura básica, assegurar a igualdade equitativa de oportunidades e os meios polivalentes para os indivíduos perseguirem seus planos na vida.

Contudo, como já visto, Nozick defende um Estado mínimo e considera que a maioria das transações individuais correspondem a trocas voluntárias. Neste sentido, argumenta exemplificativamente que, quando um trabalhador negocia com seu patrão e aceita determinado valor salarial, mesmo possuindo apenas um leque restrito de opções, corresponde a uma troca voluntária, desde que o patrão tenha o direito de agir da forma como decidiu (NOZICK, 2011). Abaixo seu entendimento:

Considerações semelhantes aplicam-se ao mercado de trocas entre trabalhadores e donos de capital. Z pode escolher entre trabalhar ou morrer de fome; as escolhas e as ações dos outros não indicam que Z vai dispor de outra opção. [...] Será que quando resolve trabalhar, Z está agindo voluntariamente? [...] Z fará, de fato uma escolha voluntária se cada um dos indivíduos de A a Y tiver agido voluntariamente e de acordo com seus direitos (NOZICK, 2011, p. 341).

Em outras palavras, em uma transação, se uma das partes decide em conformidade com seus direitos e a outra parte não tiver nenhuma opção agradável, por conta daquela decisão, não transforma a alternativa desagradável em uma escolha não voluntária. Assim, no exemplo, o trabalhador poderá consentir trabalhar por um mísero salário para não morrer de fome, desde que o empregador esteja no direito dele de ofertar o emprego naquelas condições. Com isso, Nozick (2011) entende que não cabe ao Estado gerar oportunidades equitativas.

Além deste ponto, o teórico libertário admite a jurisdição privada, competindo às partes a escolha dessa forma alternativa de julgamento. Em suas palavras:

Se todas as partes de uma disputa acham que algumas atividades do Estado ou do seu sistema judiciário são tão repugnantes a ponto de não quererem nada com elas, podem concordar com formas de arbitragem ou julgamento existentes fora do aparelho do Estado (NOZICK, 2011, p. 16).

Nozick (2011), além de não se preocupar com a concentração de renda e riqueza, muito menos se preocupa em garantir as liberdades iguais aos cidadãos, como se pode perceber pelo seu reconhecimento de trocas voluntárias acima comentado, o que impede deduzir que em sua teoria, a escolha das partes por uma jurisdição privada não presume que as partes estejam em condições equitativas. Isto que leva a considerar que sua teoria é mais uma idealização.

Contudo, Nozick (2011, p. 16) considera a necessidade do Estado para a questão do cumprimento das decisões, “pois só o Estado pode fazer cumprir uma sentença contra a vontade de uma das partes”. Com efeito, apesar das divergências, a teoria libertariana de Nozick não consegue derrubar a teoria rawlsiana, sendo que, mesmo sendo oposta, reconhece a importância do Estado, ainda que mínimo, pela necessidade do poder coercitivo.

O judiciário, com sua atividade jurisdicional, não tem como ser excluído como parte desta estrutura básica, não somente por deter o poder coercitivo, mas por seu dever de decidir com base na razão pública e de satisfazer a justiça formal e substantiva. Aliás, é explicitamente reconhecida a importância do judiciário, por Rawls, em todas as suas obras.

Dentro desta seara, por ser o próprio direito uma instituição da estrutura básica, na resolução dos descordos que porventura surjam, os juízes serão guiados pelas regras institucionais e, por conseguinte, pela razão pública. Seja qual for o litígio, desde que relacionados à estrutura básica da sociedade, a jurisdição é imprescindível, nos termos da concepção política de justiça equitativa, e faz parte do desenho institucional básico de Rawls, como um ideal de justiça social, ante o seu poder coercitivo, seu dever de decidir com base na razão pública e em face de se tratar de elemento constitucional essencial, portanto, de consenso das partes na posição original e, logo, de reconhecimento universal.

3 CENÁRIO JURÍDICO

A viabilidade da aplicabilidade da teoria de justiça como equidade de John Rawls, na sociedade brasileira, no sentido do Poder Judiciário Trabalhista ser enquadrado como uma instituição da estrutura básica brasileira e, portanto, ser uma exigência da justiça social, importa em avaliar a realidade jurídica brasileira, mediante análise do sistema jurídico brasileiro e do próprio Poder Judiciário Trabalhista. Contudo, diante da existência de um mundo globalizado⁶², do qual o Brasil faz parte - no sentido de não ser uma sociedade isolada, mas se relacionar com as outras nações-, é mister uma análise do cenário jurídico internacional em relação aos normativos direcionados ao mundo do trabalho e sua relação com a justiça social, assim como os meios para concretização dos direitos reconhecidos mundialmente.

Assim, esta seção está dividida nas seguintes subseções: direito internacional; sistema jurídico brasileiro; considerações sobre o Poder Judiciário Trabalhista; e considerações sobre as formas alternativas de resolução dos conflitos trabalhistas.

3.1 DIREITO INTERNACIONAL

Diante dos possíveis efeitos que a globalização pode produzir, como aumento do desemprego, das desigualdades e das condições degradantes de trabalho, nota-se uma preocupação, a nível mundial, que pode ser sentida pelo aumento de textos internacionais⁶³ voltados para o mundo do trabalho e uma conscientização dos direitos humanos dos trabalhadores (ROMITA, 2007).

Ao se mencionar direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, emitida pela Organização das Nações Unidas (ONU)⁶⁴, representa o principal documento internacional sobre direitos humanos, com vários países assinantes, e expõe, com clareza, que a dignidade da pessoa humana constitui o fundamento dos direitos humanos e, em

⁶² A globalização pode ser definida “como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que liga localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa” (GIDDENS, 1991, p. 69).

⁶³ A título de exemplo, tem-se o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da Organização das Nações Unidas, de 1966.

⁶⁴ A Organização das Nações Unidas, conhecida pela sigla ONU, é uma organização internacional formada por países que se reuniram voluntariamente para trabalhar pela paz e o desenvolvimento mundial. Possui, hoje, 193 países-membros, sendo que 51 foram os membros fundadores, incluindo o Brasil. Informações extraídas site da ONU do Brasil. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/>. Acesso em: 18 de abr. de 2020.

consequência, dos direitos fundamentais⁶⁵, e que seus Estados membros devem se comprometer pelo respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, tanto das suas populações como daquelas de territórios colocados sob sua jurisdição (PIOVESAN, 1999).

O motivo para que a dignidade tenha essa qualidade de fundamento dos direitos humanos pode ser justificado pela filosofia da razão de Kant. Para este filósofo, o ser humano racional é dotado de autonomia da vontade, que o capacita a agir com liberdade para fazer suas escolhas e atribuir seus próprios fins (KANT, 2003). Neste aspecto, a dignidade obsta a completa “coisificação”, ou seja, a instrumentalização da pessoa. Entretanto, esta autonomia deve ser considerada em abstrato, assim como o reconhecimento da dignidade. Sobre o caráter abstrato da autonomia e da dignidade:

como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz (SARLET, 2002, p. 45).

Por conseguinte, o caráter abstrato conduz ao entendimento da capacidade em potencial que cada pessoa tem, independente da análise do caso concreto, o que importa em afirmar que os incapazes também são dotados de dignidade tal qual qualquer outro ser humano.

Uma forma de compreender o significado de dignidade foi desenvolvida pelo filósofo Ronald Dworkin, por meio de uma construção interpretativa, em que resgatou as ideias de Kant a partir da metafísica⁶⁶ e desenvolveu um modelo de unificação da ética e da moral, que denominou de princípio de Kant. Neste sentido, entende que Ética compreende o estudo de como viver bem e Moral, o estudo de como se deve tratar as outras pessoas (DWORKIN, 2014). Portanto, moral se refere a modo de tratar os outros e ética diz respeito a si próprio.

Na concepção desse filósofo, a dignidade humana é constituída pelos princípios do respeito por si mesmo e pelo princípio da autenticidade. Pelo princípio da autenticidade, o ser humano se expressa e busca o modo de viver que entende correto, expressa o caráter ou o “estilo”⁶⁷ da pessoa. Este princípio se desmembra na responsabilidade tanto consigo mesmo

⁶⁵A terminologia direitos humanos é empregada, neste trabalho, para os direitos consagrados em textos internacionais e, direitos fundamentais, para os positivados por um determinado Estado, nos moldes apresentados por Sarlet (2007).

⁶⁶Dworkin considera que a unificação da ética e da moral em Kant é obscura, mas ocorre naquilo que Kant “chamou de mundo numenal, cujo conteúdo é inacessível a nós, mas que é a única esfera onde a liberdade ontológica pode ser alcançada”. (DWORKIN, 2014, p. 32).

⁶⁷O filósofo utiliza a expressão “estilo” e ele confirma se tratar de uma expressão utilizada por Nietzsche, mas diverge que a teoria da autenticidade é elitista e, pelo contrário, considera “elitista supor que somente as pessoas

como na responsabilidade relacional, ou seja, autorreflexiva. Para tanto, Dworkin (2014) exemplifica que, quando se assume a responsabilidade pelos próprios erros, tem-se dignidade. A outra dimensão da autenticidade é a independência ética⁶⁸. A independência ética estipula as exigências que a dignidade impõe à pessoa nas relações com as outras pessoas. Nesse sentido, a independência ética, dentro da autenticidade, exige que as próprias pessoas tomem as decisões sobre o melhor uso de suas vidas, e assim, a dignidade da pessoa humana constitui um valor que garante a independência ética (DWORKIN, 2014). Na esfera política, entende que o governo justo deve tratar as pessoas sujeitas ao seu domínio com igual consideração e respeito, sendo a dignidade (independência ética) sua origem e sua meta, tornando mais fácil cada um viver bem uma vida boa (DWORKIN, 2014).

Compreendida a concepção da dignidade da pessoa humana e à medida que é identificada como a base dos direitos humanos, esses direitos deixam de ser uma expressão vaga e se torna fácil identificar o conteúdo dos direitos humanos. Além disso, permite que os direitos humanos continuem a ser uma construção histórica (BRITO FILHO, 2004).

Por conseguinte, a dignidade da pessoa humana pode ser definida como uma característica intrínseca de cada ser humano, independentemente de sua capacidade física ou mental, e que o faz merecedor de igual respeito e consideração, tanto por parte do Estado como por qualquer outro membro da comunidade (SARLET, 2002). Portanto, a dignidade é inerente à pessoa humana e distingue os seres humanos dos demais seres vivos (COMPARATO, 2004).

Por essa definição, denota-se que em face da dignidade da pessoa humana são assegurados direitos e deveres fundamentais, tanto como defesa contra atos desumanos, como também, em garantia de condições mínimas para serem seguidos os planos de vida e de uma vida saudável.

Dessa forma, a dignidade humana independe do reconhecimento internacional expreso, por se revestir de caráter universal que pressupõe sua irrenunciabilidade e inviolabilidade, além do respeito por todas as comunidades e pessoas, ainda mais quando expressados em textos internacionais, derrocando a corrente do relativismo cultural, que vem perdendo espaço pelo movimento internacional de flexibilizar a soberania nacional e a jurisdição doméstica, em prol dos direitos humanos (PIOVESAN, 2002). Neste mesmo sentido, Bonavides (1997) considera como titular dos direitos humanos um indivíduo que pertence ao gênero humano, independente

de alta instrução, elevada imaginação, grande sensibilidade ou favorecidas pela riqueza podem levar vidas autênticas". (DWORKIN, 2014, p. 321)

⁶⁸ De acordo com Dworkin, a dignidade humana se divide em respeito por si mesmo e autenticidade. Autenticidade se divide em responsabilidade (pessoal e relacional) e independência ética.

de sua nacionalidade, como forma de evitar atrocidades.

Os direitos humanos trabalhistas estão englobados na categoria dos direitos econômicos e sociais, correspondentes à segunda dimensão dos direitos humanos, mas possuem ligação com os direitos de primeira dimensão (civis e políticos) e de terceira dimensão (solidariedade), em face da concepção contemporânea dos direitos humanos que, fundamentados na dignidade humana, são universais e indivisíveis, portanto, interdependentes. Há quem considera a quarta dimensão dos direitos, relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo, como Bonavides (1997). No contexto internacional, os direitos humanos trabalhistas são reconhecidos em diversos textos internacionais.

Dentre os principais organismos internacionais que o Brasil faz parte, tem-se a ONU⁶⁹, a Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁷⁰, que é um órgão especial da ONU, criado em 1919 e a Organização dos Estados Americanos (OEA)⁷¹, fundada em 1948. O conteúdo do direito internacional do trabalho evoluiu substancialmente com esses organismos, assim como os meios de cumprimento das legislações internacionais relacionadas aos direitos humanos trabalhistas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da ONU, notadamente nos artigos 23 e 24, estabeleceu o mínimo de direitos do homem trabalhador, que inclui o direito: de ter trabalho, à livre escolha de emprego, condições justas de pactuação – que inclui remuneração justa e sem discriminação, assim como horas razoáveis de trabalho e com direito a repouso, lazer e férias periódicas remuneradas –, o direito à organização de trabalhadores por meio de sindicatos e proteção contra o desemprego.

⁶⁹ Antes da ONU, existia a Liga das Nações, uma instituição criada após o fim da I Guerra Mundial, em 1919, sob o Tratado de Versalhes. Em 1946, a Liga das Nações deixou de existir, devido à impossibilidade de cumprir seu papel de evitar a II Guerra Mundial. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁷⁰ Fundada em 1919 como parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem como objetivo promover a justiça social. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/historia/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 14.abril 2020. A OIT é uma agência especializada da ONU que visa promover a justiça social e os direitos humanos no trabalho, mediante a confecção de normas internacionais sob a forma de convenções ou recomendações que estabelecem as condições mínimas de proteção no trabalho, bem como sua efetivação. Constitui a única instituição multilateral do mundo com estrutura tripartite representando governo, empregadores e trabalhadores e composta por 183 Estados Membros. Essas informações foram extraídas do endereço eletrônico da Organização no Brasil. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/lang--es/index.htm>. Acesso em: 12 nov. 2019.

⁷¹ “A OEA congrega os 35 Estados independentes das Américas e constitui o principal fórum governamental político, jurídico e social do Hemisfério. Além disso, a Organização concedeu o estatuto de observador permanente a 69 Estados e à União Europeia (EU). Para atingir seus objetivos mais importantes, a OEA baseia-se em seus principais pilares que são a democracia, os direitos humanos, a segurança e o desenvolvimento.” Texto retirado da página da OEA, disponível em: http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp. Acesso em: 17 abr. 2020.

De outra banda, a OIT também definiu, em 1998, em sua 86ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, o mínimo social que todos os Estados devem respeitar, quais sejam: liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; abolição efetiva do trabalho infantil; e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação. Existem oito convenções internacionais básicas da OIT que explicitam e desenvolvem esses quatro direitos humanos citados⁷².

Ademais, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, além desses direitos mínimos dos trabalhadores acima mencionados, já havia incluído o trabalho decente, bem como a segurança e a higiene no trabalho.

A partir de 1999, a OIT traçou como objetivo central o trabalho decente para todos e sua vinculação com as políticas econômicas e sociais. Em 2008, passou a existir, por meio da Declaração da OIT sobre justiça social para uma globalização equitativa, uma Agenda do Trabalho Decente, visando elucidar e impulsar o respeito aos direitos no trabalho, com o reconhecimento “que o trabalho é fonte de dignidade pessoal, estabilidade familiar, paz na comunidade, de democracia que produzem para as pessoas e crescimento econômico que aumenta as possibilidades de trabalho produtivo e o desenvolvimento das empresas” (ROMITA, 2007, p. 231).

Além desses textos, em 2015 foi lançada a agenda 2030, com os Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM), com novos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), dentre eles, com destaques para os ODS8⁷³ e ODS16⁷⁴ que estão relacionados ao trabalho decente e ao direito de acesso à Justiça, respectivamente.

Brito Filho (2004, p. 61), com base nos instrumentos internacionais mencionados, considera que o trabalho decente engloba direitos mínimos situados no plano individual, coletivo e de seguridade. Com efeito, o trabalho decente corresponde ao conjunto mínimo de

⁷² Convenção nº 29, de 1930, sobre trabalho forçado; Convenção n.º 87, de 1948, sobre a liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização; a Convenção nº 98, de 1949, sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva; Convenção nº 100, de 1951, sobre igualdade de remuneração; Convenção nº 105, de 1957, sobre a abolição do trabalho forçado; a Convenção nº 111, de 1958, sobre a discriminação no emprego e ocupação; a Convenção nº 138, de 1973, sobre a idade mínima de admissão no emprego; e a Convenção 182, de 1999, sobre as piores formas de trabalho das crianças.

⁷³ O ODS8 visa promover o crescimento econômico inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo, além do trabalho decente para todas e todos, por meio, dentre outros objetivos relacionados, a proteção de direitos trabalhistas, previsto no objetivo 8.8.

⁷⁴ O ODS16 pugna por promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis. Importante destaque tem o objetivo 16.3, que trata da promoção do Estado de Direito com a garantia do acesso à justiça e 16.10, que visa proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais.

direitos humanos do trabalhador que, de forma sintetizada corresponde ao direito de homens e mulheres terem um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana, sendo imprescindível para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e do desenvolvimento sustentável.

Neste aspecto, o trabalho decente corresponde ao mínimo social, mas não necessariamente um mínimo que cubra apenas as necessidades essenciais exigidas de um estado capitalista de bem-estar social (necessidades de sobrevivência), e sim, o direito ao trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana com similaridade ao mínimo social de Rawls e seus bens primários.

Esta consciência universal dos direitos humanos e do trabalho decente pode ser atestada pelas ratificações dos diversos Pactos Internacionais, notadamente o já citado Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que relaciona desenvolvimento sustentável e padrão de vida adequado a todos à defesa dos direitos humanos. Este Pacto conta com 160 membros, dos quais apenas sete países assinaram, mas não ratificaram⁷⁵.

Contudo, atualmente, no âmbito da ONU e OIT, se um Estado não adota as medidas necessárias de respeito dos direitos humanos trabalhistas e do trabalho decente, não sofrerá outras sanções além das de caráter moral, pois não há poder de coerção. Patente, assim, que é imprescindível, em um sistema de normas públicas, a existência do poder jurisdicional. Do contrário, o conjunto das normas internacionais voltadas para o mundo do trabalho torna-se letras mortas, restando apenas o poder persuasivo a elas conferido.

No que concerne ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mencionado acima, houve uma tentativa de instituição de uma verdadeira jurisdição internacional, pois foi aberto o Protocolo Facultativo deste pacto que, uma vez assinado, permite o acesso direto das pessoas que tiveram seus direitos violados e não resolvidos em seus países⁷⁶. Esta possibilidade ratifica o posicionamento de Weis (1999), que considera que os sujeitos de direito internacional público deixam de ser apenas os Estados e inclui os indivíduos, universalizando os direitos humanos.

Embora exista o Tribunal Penal Internacional (TPI), este julga apenas os indivíduos acusados de crimes de genocídio, por crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de agressão contra a humanidade, além de ser uma organização internacional independente que não faz parte do Sistema das Nações Unidas. Possui sede em Haia, na Holanda, tendo como

⁷⁵ O Brasil ratificou este pacto por meio do Decreto n.º 591, de 6.7.1992.

⁷⁶ O Brasil ainda não assinou o Protocolo do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

base legal o Estatuto de Roma, que foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. Assim, indivíduos brasileiros podem ser julgados por crime contra a humanidade pelo TPI, diferenciando-se da Corte Internacional de Justiça, da ONU, que examina apenas desacordos entre Estados, mas, via de regra, como uma alternativa facultativa, ou seja, decide apenas os dissídios em que todos os Estados litigantes estejam de acordo em submeter à sua apreciação.

No campo de proteção e de garantia dos direitos humanos trabalhistas, merece destaque para o Brasil, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos (IDH), da OEA, que é uma instituição judiciária autônoma, com função jurisdicional internacional e consultiva, que tem por objetivo a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), com sede em São José, capital da Costa Rica, e faz parte do Sistema Jurisdicional de Direitos Humanos. A CADH é um tratado internacional firmado somente pelos países-membros da OEA que, atualmente, congrega 35 Estados Independentes das Américas⁷⁷ e constitui o principal fórum governamental, político, jurídico e social do continente americano.

O Brasil faz parte da CADH e reconheceu a competência contenciosa e obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo que, os Estados que assim procederam, reconhecem as decisões da Corte IDH e se comprometem a cumpri-las. Em consequência, na hipótese de julgamento e condenação, caso não cumprida voluntariamente, será executada conforme o processo de execução interno do país, nos moldes dos processos de execução de sentença contra Estado. Neste sentido, o cumprimento das decisões da Corte IDH não viola a soberania dos Estados, pois assim consentiram, ao ratificarem.

A CADH estabelece, expressamente, dentre outros direitos, a proibição da escravidão e do trabalho forçado e obrigatório como direitos humanos trabalhistas que devem ser protegidos e respeitados. Além disso, a CADH prevê expressamente garantias judiciais⁷⁸ para a proteção dos direitos humanos, inclusive dos direitos trabalhistas, mediante a existência de um Judiciário imparcial e efetivo em seus Estados partes, como também, reconhece a Corte IDH como o órgão jurisdicional internacional competente para conhecer dos assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos na própria Convenção.

Esta Corte já julgou vários Estados em diversas matérias envolvendo aplicação dos direitos humanos. No que concerne ao Brasil, também já ocorreram importantes julgamentos⁷⁹,

⁷⁷ Sobre a relação dos Estados-membros da OEA. Disponível em: http://www.oas.org/pt/estados_membros/default.asp. Acesso em: 18 abr. 2020.

⁷⁸ Art. 8º da CADH: “Artigo 8. Garantias judicial. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

⁷⁹ Outros casos podem ser acessados pela página da OEA. Disponível em:

mas o caso da Fazenda Brasil Verde *versus* Brasil⁸⁰, cuja sentença foi proferida em 20.10.2016, é emblemático, pois reconheceu o trabalho escravo contemporâneo⁸¹ e a importância da atuação estatal no combate, assim como a pobreza como fator de proteção especial.

A sentença desse processo reconheceu a responsabilidade internacional do Brasil por trabalho escravo, ante a existência de discriminação estrutural histórica no país, sem uma atuação efetiva com relação às pessoas mais vulneráveis, uma vez que a situação econômica contribuiu para isso, sendo uma das formas de discriminação proibida pela Convenção Americana⁸². Ademais, a Corte IDH considerou necessário o fortalecimento do Judiciário Brasileiro e uma comunicação melhor entre os ramos trabalhista e penal.

Conforme informações extraídas da página do governo brasileiro⁸³, o Brasil vem buscando cumprir a decisão proferida no caso da Fazenda Brasil Verde, no sentido de indenizar as vítimas, assim como de retorno das investigações pelo Estado, eis que a sentença também condenou o Brasil em pagamento de indenização às vítimas de trabalho escravo contemporâneo, em face de atitudes omissivas no que concerne a preservação dos direitos humanos, notadamente acesso à justiça e proibição de trabalho análogo ao escravo, ou seja, em decorrência de violação de diretrizes internacionais de proteção do trabalhador. Esta decisão, por si só, gerou repercussões positivas para a defesa dos direitos humanos trabalhistas e no

<http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/demandas.asp>. Acesso em: 27 abr. 2020.

⁸⁰ Os fatos que restaram concluídos neste caso, são que: i) existiam ameaças de morte aos trabalhadores que queriam abandonar a fazenda Verde Brasil; ii) os trabalhadores eram impedidos de sair livremente; iii) não existia pagamento de salários ou estes eram ínfimos; iv) existia endividamento com o fazendeiro, e v) as condições de moradia, saúde e alimentação eram indignas. O dono e os administradores da fazenda dispunham dos trabalhadores como se fossem de sua propriedade. Existia servidão por dívidas, à título de traslados, alimentação e outros. Tendo em vista o pouco ou nenhum recebimento de pagamento, era quase impossível o pagamento da dívida e, enquanto isso não ocorresse, os trabalhadores não podiam deixar a fazenda. Além disso, os serviços eram prestados contra a vontade dos trabalhadores e sob ameaças de violência. Embora os trabalhadores foram para a Fazenda de forma voluntária, foram com base em fraude e não podiam deixar a fazenda, apesar das reais condições de trabalho.

⁸¹ O inciso I, da Súmula 36 do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, dispõe o que pode ser entendido por trabalho escravo contemporâneo: “Súmula 36, I – Entende-se por trabalho forçado aquele executado por uma pessoa sob ameaça de punição de qualquer natureza e para a qual essa pessoa não se oferece voluntariamente (art. 2º, 1, da Convenção n. 29 da OIT). O trabalho degradante é aquele executado em condições inteiramente inadequadas ao trabalho, sem observância de quaisquer normas de segurança, medicina, saúde e higiene do trabalho. Considera-se trabalho em condições análogas à de escravo o que submete o trabalhador a trabalho forçado, jornada extenuante, condições degradantes, restrições de locomoção, privação de seus documentos (art. 149 do Código Penal).

⁸² Art. 1, da CADH: “Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”

⁸³ Informações extraídas do site do governo: Disponível: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/sdh/noticias/2017/novembro/cumprindo-sentenca-mdh-convoca-vitimas-do-caso-fazenda-brasil-verde-no-para-para-processo-de-indenizacao>. Acesso em: 17 abr. 2020.

combate ao trabalho escravo na sociedade brasileira, conduzindo ao *compliance*⁸⁴ trabalhista e demonstrando que a existência do Poder Jurisdicional contribui para este mister.

Denota-se, assim, que o direito internacional estabelece normas que geram expectativas aos países signatários de como agir, pois ao ratificarem Convenções e Tratados, consentem a essa estrutura pública de normas. Contudo, na hipótese de conflito, gera impasse de solução, no âmbito das Nações Unidas e OIT, pois ainda não têm poder soberano sobre os Estados, e os julgamentos que realizam na esfera trabalhista apenas podem gerar sanções de caráter moral.

Neste aspecto, pela OEA e pelo seu órgão jurisdicional internacional reconhecido e aceito pelos países americanos que são partes (incluindo o Brasil), comprova e demonstra a importância da existência de um órgão jurisdicional forte e imparcial, tanto na esfera nacional dos países signatários, como internacional, a exemplo do caso citado acima, da Fazenda Brasil Verde *versus* Brasil, pois foi capaz de, efetivamente, obrigar o Brasil para o cumprimento das normas internacionais pactuadas.

Neste prisma, a ordem internacional, tanto por meio da ONU (incluída a OIT), como pela OEA, reafirma o papel do Estado Democrático de Direito, atribuindo, importância aos poderes estatais, o direito de acesso justiça, com um Judiciário forte nos países-membros, mas sinaliza, também, a necessidade de uma jurisdição internacional, pois à medida que reconhece os direitos humanos do trabalhador, pugna pela concretização do trabalho decente, associando-o à justiça social. Entende, também, a necessidade de prestações positivas dos Estados em seus ordenamentos jurídicos internos, para o alcance desse objetivo (trabalho decente), com a consciência que as medidas adotadas pelo direito internacional têm repercussão positiva no âmbito doméstico dos países.

Assim, o direito internacional é constituído por instituições voltadas à satisfação do trabalho decente, ante a importância e o valor atribuído ao trabalho decente para o desenvolvimento das nações e para a paz mundial, com traços semelhantes às instituições da estrutura básica desenvolvida por Rawls.

A busca por justiça social está no cerne da missão mundial, inclusive foi estabelecido pela ONU, desde 2007, o dia 20 de fevereiro⁸⁵, como o dia internacional da justiça social, ante a importância que representa. Trata-se de um princípio fundamental que, quando respeitado,

⁸⁴O *compliance* deriva do verbo inglês to comply, que significa agir de acordo com as normas vigentes. Desta forma, *compliance* trabalhista diz respeito à adoção de medidas que objetivem a adequação e respeito às normas trabalhistas (autônomas e heterônomas), assim como a diretrizes internacionais de proteção do trabalhador, visando também, a ética no ambiente de trabalho.

⁸⁵ Informações extraídas da página da ONU no Brasil. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/dia-mundial-da-justica-social-20-de-fevereiro-de-2009/>. Acesso em: 24 abr. 2020.

promove a redução das desigualdades, sendo que o trabalho decente para todos contribui para essa satisfação, e assim, para a coexistência pacífica e próspera entre as nações.

3.2 SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O Brasil adota um sistema jurídico constitucional, tendo a sua Constituição como a lei fundamental e suprema do país. Portanto, institui um Estado Democrático de Direito Constitucional, conforme atesta o *caput* do art. 1º do texto constitucional.⁸⁶

A supremacia⁸⁷ das normas constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro conduz ao entendimento que todas as demais legislações, atos e decisões do poder público estejam em conformidade com o texto constitucional, assim como submete toda a sociedade brasileira, cabendo ao Poder Judiciário a guarda da Constituição (ROMITA, 2007).

Para tal mister, a Constituição adotou, em seu artigo 2º⁸⁸, a tripartição dos Poderes, ao afirmar que os Poderes do Estado são independentes e harmônicos entre si, e compreende o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, cada um com funções preponderantes, respectivamente, em sentido amplo, de legislar, de administrar e de jurisdicionar, de modo a criarem controles recíprocos, como garantia da perpetuidade do Estado democrático de direito e de evitar o arbítrio e desrespeito às normas constitucionais.

A separação dos Poderes⁸⁹ é uma característica adotada por todos os Estados Democráticos de Direito e remonta às ideias de Aristóteles, na obra “Política”, em seguida esboçada por John Lock, no “Segundo tratado do governo civil” e, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu, “O espírito das leis” (MORAES, 2006).

Portanto, a CRFB/88 moldou o sistema jurídico brasileiro e atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais Poderes de Estado acima citados, bem como ainda instituiu o Ministério Público⁹⁰ como uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do

⁸⁶“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”

⁸⁷O entendimento da supremacia constitucional está previsto no próprio texto constitucional, ao atribuir as funções do Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, a guarda da CRFB/88, conforme art. 102, I, ‘a’ e III, da CRFB/88, demonstrando que todas as leis e atos administrativos devem estar em conformidade com a Constituição.

⁸⁸“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

⁸⁹Foram os norte-americanos James Madison, Alexander Hamilton e John Jay que idealizaram o sistema federalista, com base na Separação dos Poderes de Montesquieu, mas com um Poder Judiciário forte, capaz de estabelecer freio e contrapesos aos demais Poderes e trouxe a ideia da supremacia da Constituição. Não pretendeu estabelecer a superioridade do Poder Judiciário em face do Poder Legislativo, mas sim como forma de controle e de respeito das leis à Constituição. (HAMILTON et al, 1993).

⁹⁰“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais

Estado, com o dever da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Depreende-se que o sistema jurídico brasileiro reconhece a importância do Poder Judiciário, com a função não somente de julgar, mas de ser o guardião da Constituição, com a finalidade de preservar os princípios da legalidade e da igualdade, ao solucionar os conflitos de interesses que lhe são submetidos, de modo autônomo, imparcial e independente, constituindo tais atributos um direito fundamental dos cidadãos brasileiros⁹¹. Neste sentido, o sistema jurídico brasileiro confere as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade na remuneração aos membros que compõem o Judiciário⁹².

Como forma da preservação dessa independência do Judiciário, o texto constitucional estabeleceu um sistema de autoproteção, por meio do controle judicial de leis e atos normativos, possibilitando o controle de constitucionalidade misto, ou seja, exercido tanto de forma difusa⁹³, por qualquer juiz ou tribunal em um caso concreto, como de forma concentrada⁹⁴.

O controle das leis e atos normativos pelo Judiciário garante sua posição de independência, ao impedir a elaboração de legislação com o objetivo de enfraquecer as funções dos magistrados (SCMITT, 1983). Desta feita, a estrutura talhada a partir da CRFB/88 criou e regulou para o Brasil um Estado Democrático de Direito, onde foram estabelecidos sua estruturação, a organização de suas instituições e órgãos, e o modo de aquisição e limitação do poder, através, inclusive, de direitos e garantias fundamentais.

Neste aspecto, o texto constitucional vigente no país reconhece que a jurisdição trabalhista será exercida por um órgão pertencente ao Poder Judiciário, dotado, portanto, de todas as garantias desse Poder, conforme art. 92 da CRFB/88.

indisponíveis.”

⁹¹ Os artigos a seguir do texto constitucional garantem aos cidadãos o direito de acesso à Justiça, o julgamento por órgão independente e imparcial e por decisão fundamentada e que garanta o direito de defesa e contraditório: “Art. 5º [...]; XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]; XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...]; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”. “Art. 93. [...] “IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

⁹² “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

⁹³ Art. 5º, inciso XXXV c/c art. 97, ambos da CRFB/88, fundamentam o controle difuso no Brasil.

⁹⁴ Art. 102, I, a, da CRFB/88 fundamenta o controle concentrado no Brasil.

Portanto, a Constituição foi moldada para que as partes de uma relação trabalhista tenham o direito de acesso à jurisdição trabalhista, de modo que os conflitos trabalhistas sejam solucionados pelos órgãos que compõe o Poder Judiciário Trabalhista, na forma do art. 111, da CRFB/88.

A atual Constituição brasileira foi promulgada em 05 de outubro de 1988 e foi resultado de um amplo processo de discussão, oportunizado pela redemocratização do país, após mais de 20 anos de ditadura militar no Brasil. Sarlet (2007) aduz que tiveram muitos debates, envolvendo a população, sobre o conteúdo da atual Constituição, conforme abaixo:

Em que pesem todos os argumentos esgrimidos impugnando a legitimidade do processo Constituinte deflagrado no governo José Sarney, não restam dúvidas de que as eleições livres resultaram na instalação da Assembleia Nacional Constituinte (ou Congresso-Constituinte), em 1º de fevereiro de 1987, propiciaram um debate sem precedentes na história nacional sobre o que viria a ser o conteúdo da Constituição vigente, na redação final que lhe deu o Constituinte. Embora não haja condições de reproduzir com minúcias o desenvolvimento dos trabalhos da Assembleia presidida pelo Deputado Ulysses Guimarães, imporá registrar aqui a dimensão gigantesca deste processo.

[...]

No que concerne aos trabalhos da Constituinte, importa frisar que esta não se arrimou – ao menos não oficialmente – em qualquer pré-projeto elaborado anteriormente ou simultaneamente (SARLET, 2007, p. 75-76).

Assim, a CRFB/88 foi estruturada contemplando os amplos debates da sociedade brasileira e, portanto, seu conteúdo é coerente com as estruturas da realidade nacional e das aspirações das forças sociais presentes no momento de sua elaboração. Cardoso de Mello concluiu que os pleitos decorreram do capitalismo tardio ocorrido no Brasil:

A história brasileira e latino-americana é a história do capitalismo; mas, ao mesmo tempo, a história brasileira e latino-americana é a história de um determinado capitalismo, do capitalismo tardio; e, reversamente, a história do capitalismo é também a nossa história (MELLO, 1988, p. 176-177 apud GRAU, 2018, p. 328).

Por conseguinte, era uma aspiração do povo brasileiro, à época da promulgação da CRFB/88, a manutenção da possibilidade de resolução dos conflitos trabalhistas por meio da jurisdição exercida por um órgão do Poder Judiciário, especializado em matérias relacionadas ao Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, dotado de autonomia, independência e imparcialidade.

Além do motivo democrático, as razões desse desiderato podem ser extraídas pelo valor que o sistema jurídico brasileiro confere ao trabalho. Este valor pode ser atestado por vários dispositivos da CRFB/88, como pelos fundamentos e objetivos fundamentais traçados para o Brasil, assim como pelos princípios que regem as relações internacionais, uma vez realçarem a

importância atribuída ao princípio da dignidade da pessoa humana e da cidadania, da prevalência dos direitos humanos, e da busca pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária e que garanta o desenvolvimento nacional, com a redução das desigualdades sociais e regionais (CF, 1988)⁹⁵.

Por esses registros, observa-se a sintonia da CRFB/88 com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como com os principais pactos internacionais sobre direitos humanos, mencionados na subseção anterior, ante o propósito de concretizar as três dimensões dos direitos humanos e reconhecer a dignidade da pessoa humana como o fundamento de toda a ordem constitucional, portanto, de todo o Estado brasileiro e dos direitos que contempla (SARLET, 2007).

Nesta toada, a ordem constitucional brasileira compartilha da visão do direito internacional de que a dignidade humana é inerente ao ser humano e das noções de universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, conforme foram analisadas na subseção anterior⁹⁶.

A Carta de 1988 pode ser considerada como o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, sobressaindo como umas das Constituições mais avançadas do mundo, nesta seara, pois contemplou um amplo catálogo dos direitos fundamentais (PIOVESAN, 1999). Silva lembra: “É a Constituição cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, [...] porque teve ampla participação popular na sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”. (1999, p. 80).

A Constituição, expressamente, elencou o rol de direitos fundamentais da primeira dimensão e da segunda, contemplando a “existência de um sistema de direitos fundamentais, caracterizado pela sua abertura e autonomia relativa no âmbito do próprio sistema constitucional que integra” (SARLET, 2007, p. 87). Aliás, os direitos fundamentais não se

⁹⁵“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana.” [...] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.

⁹⁶“Art. 5º [...]§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

limitam aos expressados em seus dispositivos, mas podem ser decorrentes dos princípios que adota ou dos tratados internacionais que o Brasil faz parte⁹⁷.

Neste sentido, os direitos sociais são manifestações dos direitos fundamentais da liberdade e da igualdade material, e têm por objetivo, no campo das relações laborais, assegurar ao trabalhador proteção contra necessidades de ordem material, além de uma existência digna (ROMITA, 2007).

De forma agrupada, os direitos fundamentais do trabalhador nas relações de trabalho, expressos na CRFB/88, compreendem: direitos da personalidade (honra, intimidade e imagem); liberdade ideológica; liberdade de expressão e informação; igualdade de oportunidade e de tratamento; não-discriminação; idade mínima de admissão ao emprego; salário mínimo; saúde e segurança do trabalho; proteção contra despedida injustificada; direito ao repouso (intervalos, limitação de jornada, repouso semanal e férias); direito de sindicalização; direito de representação dos trabalhadores e sindical na empresa; direito à negociação coletiva; direito de greve; e direito ao meio ambiente de trabalho saudável (ROMITA, 2007).

Neste contexto, os direitos fundamentais do trabalhador possuem eficácia tanto vertical, contra os Poderes do Estado (cidadão/Estado), quanto horizontal, ou seja, nas relações particulares (com as empresas e/ou empregadores). Nas relações particulares, a eficácia horizontal é limitadora da autonomia da vontade, pois não poderiam ser celebrados negócios jurídicos com desrespeito aos direitos fundamentais. A eficácia horizontal surge em decorrência de posições assimétricas das pessoas envolvidas no negócio jurídico, como ocorre com os contratos individuais de trabalho e outros contratos de adesão.

Uma das razões para a aceitação da eficácia horizontal decorre da necessidade de proteção da liberdade pessoal contra o poder econômico ou social. Portanto, para garantia da liberdade do particular situado em posição de sujeição ao poder econômico social do outro sujeito, admite-se a incidência dos direitos fundamentais, como elementos da ordem subjetiva da coletividade (HESSE, 1998).

Por meio de uma análise histórica da doutrina pátria dominante e da jurisdição constitucional brasileira⁹⁸, observa-se que sempre houve sinalização do entendimento da

⁹⁷“Art. 5º [...]§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁹⁸Os seguintes julgados do STF demonstram a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na esfera trabalhista: RE 160.222/RJ (caso da revista íntima decorrente de contrato de trabalho, que violou a privacidade e a intimidade dos empregados), RE 158.215/RS (caso de exclusão de sócio) e RE 161.243/DF (caso de empresa francesa que fazia distinções entre trabalhadores de acordo com a nacionalidade: somente os empregados franceses recebiam os benefícios decorrentes do estatuto da empresa).

eficácia tanto vertical como horizontal dos direitos fundamentais trabalhistas.

Ademais, “o direito formal e igual para todos tende a fazer os fortes cada vez mais fortes e os fracos cada vez mais fracos”, fazendo com que “a desigualdade social se converta em falta de liberdade social, o que é intolerável no seio do Estado democrático de direito” (ROMITA, 2007, p. 189). Além disso, a autonomia privada não se confunde com liberdade fundamental e, portanto, não é considerada direito fundamental (ROMITA, 2007).

Por este entendimento, os direitos sociais constituem liberdades positivas, de observância obrigatória, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, vulneráveis ou hipervulneráveis⁹⁹, visando a concretização da igualdade social. São normas de ordem pública, com características de imperativas e invioláveis pela vontade das partes contratantes da relação de trabalho (MORAIS, 2006).

Neste aspecto, a existência da jurisdição trabalhista, na forma contemplada pela ordem constitucional (Poder Judiciário Trabalhista), constitui um mecanismo de primordial importância na resolução dos conflitos trabalhistas, notadamente pelo fato desses conflitos discutirem direitos sociais.

Nesse sentido, importantes decisões, após a instituição do Estado Democrático Constitucional brasileiro e por meio do Poder Judiciário Trabalhista, foram proferidas para preservação e proteção dos direitos trabalhistas fundados na dignidade da pessoa humana, tanto previstos em textos nacionais quanto em internacionais¹⁰⁰. Além disso, após o julgamento do caso da Fazenda Brasil Verde vs Brasil, mencionada na subseção anterior, houve redução de

⁹⁹O artigo 4º, I, consagra a vulnerabilidade do consumidor: “Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. Pelo fato da vulnerabilidade comportar diversas desigualdades é aplicável ao direito do trabalho, com as devidas adaptações. “Nas relações de emprego em geral, entendemos perfeitamente identificável um conjunto de vulnerabilidades, ao menos, nos planos negocial, hierárquico, econômico, técnico, social e informativo (ou informacional). [...] Ora, o fato de ser recrutado por outrem é um indicativo da vulnerabilidade hierárquica ou jurídica; o de ser remunerado, da vulnerabilidade econômica, e o de se inserir em uma organização, da vulnerabilidade técnica. São variáveis ou desdobramentos compositivos do “quebra cabeças” que configura a noção de vulnerabilidade. [...] os trabalhadores hipervulneráveis (aqueles que reúnem as vulnerabilidades negocial, hierárquica, econômica, técnica, social e informacional, sendo que uma ou algumas delas em caráter agravado), integralmente vulneráveis (aqueles que reúnem todas as vulnerabilidades recém apontadas, sem o caráter agravado) e parcialmente vulneráveis (aqueles que não reúnem todas as vulnerabilidades recém arroladas, apenas algumas).” (OLIVEIRA; DORNELES, 2013. p. 97).

¹⁰⁰Como exemplos de decisões proferidas pela Justiça do Trabalho no Brasil, principalmente sobre trabalho escravo e degradante, citam-se: caso Lima Araújo Agropecuária (AL), processo n.º 178000-13.2003.5.08.0117; Beto Mansur, processo n.º ARR-8600-37.2005.5.18.0251; Agropecuária Humberto Cansanção, processo n.º RR-161500-69.2008.5.08.0124. Disponível: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/julgamentos-do-tst-refletem-preocupacao-com-o-combate-ao-trabalho-escravo. Acesso em: 18 abr. 2020.

trabalhadores submetidos a trabalhos escravos e degradantes no Brasil e uma maior conscientização doméstica pelo trabalho decente¹⁰¹.

Ao lado dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição estabeleceu uma ordem social, “que tem como primado o trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social” (CF, 1988)¹⁰², além de uma ordem econômica alicerçada na valorização do trabalho e na livre iniciativa¹⁰³. Neste sentido, a ordem econômica constitucional converge com a prioridade constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana e a busca por justiça social.

3.3 O PODER JUDICIÁRIO TRABALHISTA

A jurisdição trabalhista pode ser entendida como a forma de solucionar conflitos trabalhistas por meio da intervenção do Estado, através de um processo judicial. É denominada pela doutrina como forma de heterocomposição, porque um terceiro resolve o litígio, no caso, o juiz (MARTINS, 2007). Esta hipótese, no Brasil, é realizada pelos órgãos que compõem o Poder Judiciário Trabalhista.

A jurisdição trabalhista é fruto da existência do Direito do Trabalho, cujo surgimento é oriundo do trabalho juridicamente livre, sendo este o marco. Neste sentido, relações jurídicas escravistas e servis são incompatíveis, tendo em vista que essas formas impõem uma sujeição pessoal do trabalhador, retirando-lhe sua liberdade pessoal.

No mundo ocidental, o Direito do Trabalho surgiu a partir da Idade Moderna, através do processo da Revolução Industrial, entre os séculos XVII e XVIII, onde o trabalhador livre se vinculou ao sistema produtivo que surgia. Contudo, em fins do século XVIII e durante o transcorrer do século XIX, formaram-se as condições que propiciaram o efetivo nascimento do Direito do Trabalho, tanto na Europa como nos Estados Unidos da América (EUA).

Na realidade brasileira, apenas com o fim da escravidão, ocorrido em 1888, é que se pode pesquisar o marco histórico do Direito do Trabalho. Antes, por se tratar de um país de

¹⁰¹Informações extraídas da página do Ministério Público do Trabalho: Disponível: <https://smartlabbr.org/trabalhodecente>. Acesso em: 18 abr. 2020.

¹⁰²“Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

¹⁰³“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

economia rural e escravista, não havia espaço para o desenvolvimento do Direito do Trabalho e, assim, da jurisdição trabalhista.

Antes de ser instalada a Justiça do Trabalho, existiam órgãos de natureza não jurisdicional, vinculados ao Poder Executivo, para resolver as controvérsias sobre direitos trabalhistas. Tinham feição apenas administrativa, sem poder coercitivo. Foi a Constituição Brasileira de 1946 que estabeleceu a Justiça do Trabalho como órgão componente do Poder Judiciário, desvinculando-a do Poder Executivo, mas com composição paritária (juízes togados e classistas).

A integração da Justiça do Trabalho no Poder Judiciário é corolário da própria evolução histórica das controvérsias trabalhistas no país. Neste sentido, Mascaro Nascimento:

é consequência natural da evolução histórica dos acontecimentos. Na sociedade empresarial, as controvérsias entre trabalhadores e empresários assume especial significado. O Estado intervindo na ordem econômica e social, não pode limitar-se a dispor sobre matéria trabalhista. Necessita, também, de aparelhamento adequado para a solução dos conflitos de interesses, tanto no plano individual como no coletivo. Assim, a existência de um órgão jurisdicional do Estado para questões trabalhistas é o resultado da própria transformação da ideia de autodefesa privada em processo judicial estatal, meio característico de decisão dos litígios na civilização contemporânea (NASCIMENTO, 2002, p. 50).

Embora seja feita uma ligação entre as ideias fascistas e ditatoriais com a Justiça do Trabalho, por ter sido instituída durante o Estado Novo de Getúlio Vargas¹⁰⁴ e ter sido vinculada, inicialmente, ao Poder Executivo, há os que defendiam que sua criação seria, realmente, para conceder ao Brasil um caráter civilizatório, de modo que os menos favorecidos não dependessem apenas da boa vontade dos mais abastados, como destacou Oliveira Viana¹⁰⁵, participante da Comissão Elaborativa do Projeto de Organização da Justiça do Trabalho (FRANCO; MOREIRA, 2011).

Em que pese os interesses políticos de Vargas, é certo que havia no Brasil uma massa de trabalhadores desprotegida dos direitos sociais, sendo que, com a introdução leis trabalhistas e o surgimento de controvérsias entre patrões e empregados, havia uma necessidade que os processos trabalhistas fossem decididos e que as decisões fossem cumpridas, portanto, uma necessidade do poder coercitivo do Estado.

¹⁰⁴Era Vargas é o nome que se dá ao período em que Getúlio Vargas governou o Brasil por 15 anos, de forma contínua, de 1930 a 1945. Teve início com a Revolução de 1930, onde expulsou do poder a oligarquia cafeeira, dividindo-se em três momentos: Governo Provisório (1930-1934); Governo Constitucional (1934-1937); e Estado Novo (1937-1945). O Estado Novo foi o período de ditadura no Brasil.

¹⁰⁵Francisco José de Oliveira Viana, sociólogo e jurista, foi consultor jurídico do Ministério do Trabalho, foi um dos responsáveis pela elaboração da nova legislação trabalhista à época. Membro da Academia Brasileira de Letras, onde foram extraídas essas informações. Disponível em: <http://www.academia.org.br/academicos/oliveira-viana/biografia>. Acesso em: 11 nov. 2019.

Corroborando este entendimento, cita-se o caso de uma ação movida em 15 de abril de 1935, pelo trabalhador chamado Orosimbo Antonio, qualificado como operário, pobre, viúvo e com filha para criar, em que pleiteou, junto ao órgão administrativo, sem função jurisdicional, em suma: sua aposentadoria ou sua reintegração à empresa *Leopoldina Railway Company*, por ter trabalhado mais de 14 anos e ter sofrido um acidente que lhe gerou a amputação de um braço e, após a recuperação do acidente, ter sido demitido injustamente sob a alegação de furto. O órgão administrativo ouviu a empresa e, mediante as provas, determinou à Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários que aposentasse o trabalhador, contudo, a Caixa não cumpriu a ordem e, depois de um certo tempo e diante da insistência do órgão administrativo, finalmente a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários respondeu que o reclamante havia morrido (FRANCO; MOREIRA, 2011).

Este processo verídico acima relatado demonstra que, à época de instalação da Justiça do Trabalho, tenha sido ou não criada em um governo autoritário e por iniciativa dele, o povo brasileiro clamava por justiça, pois os órgãos administrativos que decidiam sobre os conflitos trabalhistas não possuíam poder coercitivo, ou seja, jurisdicional.

A Constituição de 1988 manteve a Justiça do Trabalho como integrante do Poder Judiciário e possibilitou a democratização ao favorecer a produção de normas autônomas por meio de sindicatos, como pode ser extraído por exemplo, do art. 7º, inciso VI, da CRFB/88 em que autoriza a redução salarial por meio de convenção ou acordo coletivo, como também, nos dispositivos dos incisos XIII, XIV e XXVI, todos do art. 7º da CRFB/88¹⁰⁶.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 24, de 09.12.1999, foi extinta a representação classista na Justiça do Trabalho e a organização e composição dos seus órgãos passaram por uma considerável transformação, mantida até os dias atuais.

A Justiça do Trabalho, atualmente, é composta pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), órgão de cúpula do Judiciário Trabalhista, com função precípua de uniformizar a jurisprudência, pelos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) que constituem a segunda instância da Justiça do Trabalho no Brasil, com a existência de 24 TRTs, que estão distribuídos pelo território nacional e, pelos os juízes do trabalho¹⁰⁷ que ficam localizados nas Varas do

¹⁰⁶“Art. 7º [...]: XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; [...] XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.”

¹⁰⁷ Estabelecidos nos incisos I a III, do art. 111, da CRFB/88.

Trabalho e correspondem a primeira instância da Justiça do Trabalho. Todos esses órgãos fazem parte da estrutura do Poder Judiciário¹⁰⁸.

A competência desses órgãos consta no próprio texto constitucional (art. 114, CRFB/88), que corresponde, de um modo geral, à resolução de conflitos decorrentes da relação de trabalho, incluindo, também, matéria relacionada à acidente de trabalho, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), através da súmula vinculante 22. Além disso, é o único ramo do Poder Judiciário com competência normativa¹⁰⁹, conforme estabelece o art. 114, § 2º, da CRFB/88.

Visando a garantia de acesso à justiça, o Poder Judiciário Trabalhista tem jurisdição em todo território nacional, além da Constituição ter estabelecido a possibilidade da justiça itinerante (art. 115, § 1º, CRFB/88), principalmente em Estados com grande proporção geográfica, ante a dificuldade de deslocamento de trabalhadores até a sede da Vara do Trabalho. Efetivamente, a Justiça do Trabalho vem realizando trabalhos de itinerância, conforme dados extraídos do relatório e-gestão do TST (CNJ, 2019).

O ingresso na carreira, assim como em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, com exceção do STF e do ingresso aos Tribunais Regionais e Superiores pelo quinto constitucional¹¹⁰, ocorre mediante a realização de concurso público, de provas e títulos¹¹¹ e são regidos pela Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar 35/1979), em relação aos deveres funcionais.

Para a manutenção de toda a sua estrutura, a Justiça do Trabalho conta com uma mão de obra total de 55.989 trabalhadores, incluindo magistrados (3.599), servidores (40.338) e auxiliares (12.052), considerando a data base de 2018, equivalente a 1,8 magistrados a cada 100.000 habitantes e 20,7 servidores a cada 100.000 habitantes. No que concerne suas despesas, o orçamento foi de R\$19.168.852.708,00 em 2018 (R\$96,00 por habitante), sendo que 92,3%

¹⁰⁸ O art. 92, II-A e IV, da CRFB/88 estabelece o TST, o TRT e os Juízes do Trabalho como órgãos do Poder Judiciário.

¹⁰⁹O STF já se manifestou sobre o poder normativo da JT e considerou que não é amplo e ilimitado, e que as cláusulas impostas na decisão devem ter sustentação legal. Além disso, considerou que atribuição para resolver dissídios individuais e coletivos é sobre um caso concreto, não possuindo competência legiferante, conforme processo STF, RE 114.836, MG, 2ª T, Rel. Min Mauricio Correa, DJU 06.03.1998. O TST sobre o tema editou a Súmula 190: “PODER NORMATIVO DO TST. CONDIÇÕES DE TRABALHO. INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÕES CONTRÁRIAS AO STF (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Ao julgar ou homologar ação coletiva ou acordo nela havido, o Tribunal Superior do Trabalho exerce o poder normativo constitucional, não podendo criar ou homologar condições de trabalho que o Supremo Tribunal Federal julgue iterativamente inconstitucionais.”

¹¹⁰O quinto constitucional, previsto no art. 94 c/c art. 111-A, da CRFB/88 é um dispositivo jurídico que determina que um quinto das vagas de determinados tribunais brasileiros seja preenchido por advogados e membros do Ministério Público, e não por juízes de carreira.

¹¹¹A forma de ingresso é estabelecida pelo art. 93, I, CRFB/88.

desse valor é destinado ao pagamento de recursos humanos (CNJ, 2019, p. 42). Em contrapartida, a Justiça do Trabalho arrecadou em 2018, o valor de R\$3.941.201.768 aos cofres públicos, referente a custas, emolumentos, previdência social, imposto de renda e multas aplicadas, correspondente a 21% de suas despesas (CNJ, 2019, p. 66).

O rito seguido nos processos, sob a jurisdição da Justiça do Trabalho, é o do processo do trabalho, previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que possui característica de oralidade, celeridade e uma finalidade social, ante seu caráter instrumental, pois visa aplicar o Direito do Trabalho. É aplicado subsidiariamente o Código de Processo Civil (CPC) e demais legislações processuais esparsas, quando houver lacuna e desde que seja compatível com seu procedimento (art. 769, CLT). Por ser instrumental, cuja função é aplicar o Direito do Trabalho, a celeridade e efetividade são almejadas, face a natureza alimentar dos créditos trabalhistas (art. 100, § 1º, da CRFB/88), mas com respeito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88).

Atualmente, quase todos os processos trabalhistas, em todas as suas instâncias são eletrônicos, denominado de Processo Judicial Eletrônico (PJE), em que se descarta totalmente o uso de papel, com acesso por meio de certificação digital, contribuindo para a celeridade, princípio inerente ao processo do trabalho e transparência do Judiciário Trabalhista, metas a serem seguidas pelo Poder Judiciário como um todo (CNJ, 2019). Ademais, foi considerado o ramo do Judiciário mais eficiente do país, conforme dados que podem ser extraídos pelo Relatório Justiça em Números (CNJ, 2019).

O TST, em decorrência da sua função de uniformização da jurisprudência do Judiciário Trabalhista, com fins de deixar os jurisdicionados, os advogados e toda a sociedade ciente das suas decisões, fins de gerar segurança jurídica e previsibilidade, contém em seu sítio, catalogadas de maneira acessível, as decisões consolidadas do Poder Judiciário Trabalhista.

Como forma de promover a autocomposição dos litígios, existe na Justiça do Trabalho o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), responsável por implantar e desenvolver política adequada à solução de conflitos que incentivem acordos e conciliações, instituído pela Resolução CSJT, n.º 174/2016. Através do NUPEMEC foram criados os Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (CEJUSCS), responsáveis por realizar sessões e audiências de conciliação e mediação de processos em qualquer fase ou instância, inclusive em processos pendentes de julgamento para o TST.

A Carta Constitucional instituiu, junto ao TST, o Conselho Nacional de Justiça (CSJT) e a Escola Nacional dos Magistrados Trabalhistas (ENAMAT) e Escola Judicial (EJUD) em

cada Regional¹¹². O CSJT exerce a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial das Varas do Trabalho e dos TRTs e suas decisões tem efeito vinculante. A ENAMAT é encarregada de preparar os juízes recém empossados, dando-lhes treinamento de formação, como também em proporcionar uma formação continuada de todos os magistrados trabalhistas. Ademais, cada TRT também possui sua EJUD encarregada pela formação inicial e contínua dos magistrados no âmbito do seu regional, promovendo cursos de aperfeiçoamento e atualização sobre assuntos inerentes a função jurisdicional e de gestão.

Além do CSJT e da ENAMAT, a Lei Maior do país ainda criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que é órgão do Poder Judiciário encarregado de controlar a atuação administrativa e financeira dos demais órgãos, incluídos o do Judiciário Trabalhista, bem como de supervisionar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes¹¹³.

Além da função tipicamente jurisdicional, a Justiça do Trabalho também desenvolve, a nível nacional e regional, o Programa de Combate ao Trabalho Infantil e de Estímulo à Aprendizagem¹¹⁴, que visa a erradicação do trabalho infantil e o Programa Nacional de Prevenção e Acidentes de Trabalho¹¹⁵, que procura fomentar na sociedade uma cultura de prevenção aos riscos e aos danos que possam advir do trabalho.

A Justiça do Trabalho, como órgão do Poder Judiciário, possui autonomia administrativa e financeira, mas está sujeita à fiscalização pelos demais Poderes quanto aos seus gastos, assim como pelo CNJ e CSJT. Portanto, compete ao TST elaborar a proposta orçamentária, conforme os limites e prazos estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (art. 99, §§ 1º e 2º, I, da CRFB/88). Impende destacar que compete privativamente ao Poder Judiciário a iniciativa legislativa (art. 96, I e II e alíneas respectivas, da CRFB/88) para tratar sobre sua organização que, atualmente, está fundamentada na divisão da competência entre os vários órgãos que o integram nos âmbitos estadual e federal.

3.4 FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS

Ao lado do Poder Judiciário, como meio de heterocomposição de resolução de conflitos, existe a mediação e a arbitragem, previstas pelo ordenamento pátrio brasileiro. Diferentemente,

¹¹²O CSJT e a ENAMT têm previsão no art. 111-A, § 2º, I e II, CRFB/88.

¹¹³ O art. 92, I-A, da CRFB/88 estabelece o CJN como órgão do Poder Judiciário.

¹¹⁴Por meio do Ato 419 do CSJT de 11.11.2013.

¹¹⁵Por meio da Resolução CSJT n. 96, de 23.03.2012.

quando as próprias partes envolvidas num conflito trabalhista decidem como será resolvido, denomina-se autodefesa ou autocomposição.

A autodefesa é o método mais primitivo em que uma parte impõe a decisão a outra, por meio do mais forte ao mais fraco, sendo que o mais forte pode ser do ponto de vista físico, econômico, político ou social. Na autocomposição, os litigantes, de comum acordo, fazem concessões mediante ajustes de vontade. Ela pode ser dividida em unilateral, quando apenas um consente no sacrifício do próprio interesse, denominada de renúncia; e bilateral, quando todos os litigantes consentem em sacrifício de seus interesses, conhecida como transação. Em questões trabalhistas, a autocomposição extrajudicial pode ser vislumbrada nas negociações coletivas de trabalho¹¹⁶, assim como nos termos de conciliação firmados perante a Comissão de Conciliação Prévia, comissão esta prevista na legislação trabalhista pátria.¹¹⁷

A mediação extrajudicial, como forma de heterocomposição, é disciplinada na Lei 13.105, de 16.06.2015 e também tem previsão no CPC¹¹⁸, sendo definida pela legislação como a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório que auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. O acordo celebrado na mediação constitui título executivo extrajudicial (§ único, do art. 20, da Lei 13.105). No campo trabalhista a mediação é também prevista na Lei 10.101, de 19.12.2000, para controvérsias a respeito de participação nos lucros e resultados pelos trabalhadores.

A arbitragem, outra forma de heterocomposição, é disciplinada pela Lei 9.307, de 23.09.1996, e alterações dada pela 13.129, de 16.05.2015, e tem previsão, também, no CPC¹¹⁹. O legislador atribuiu importância à arbitragem, conferindo à sentença arbitral título executivo judicial¹²⁰.

Algumas matérias específicas do Direito do Trabalho, disciplinadas em lei, expressamente preveem a arbitragem, como por exemplo, a lei que trata sobre greve¹²¹ e a lei sobre participação nos lucros e resultados¹²². Nesta última, além da arbitragem, como dito acima, prevê a mediação. No que tange aos conflitos coletivos trabalhistas, a arbitragem é prevista expressamente no texto constitucional¹²³.

¹¹⁶ Negociações coletivas de trabalho, que resultam em acordos e convenções coletivas de trabalho, são reconhecidas pela CRFB/88 e previstas expressamente em alguns dispositivos (art. 7º, XXVI c/c com os incisos VI, XIII e XIV, por exemplo), como também prevista e disciplinada na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), nos moldes dos arts. 611e 612.

¹¹⁷ Prevista no art. 625-A e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho.

¹¹⁸ Art. 3º, § 3º, do CPC.

¹¹⁹ Prevista no § 1º, do art. 3º, do CPC.

¹²⁰ O art. 515, VII, CPC, prevê que a sentença arbitral constitui título executivo judicial.

¹²¹ Lei 7.783/88.

¹²² Lei 10.101/2000.

¹²³ Art. 114, §§ 1º e 2º, da CRFB/88.

Perante o juízo arbitral, apenas podem ser submetidos direitos patrimoniais disponíveis. Portanto, ficam excluídos direitos não patrimoniais como também os indisponíveis¹²⁴. Assim, no que tange aos conflitos trabalhistas, em tese, para a adoção da arbitragem, deve-se levar em consideração a natureza do conflito.

Contudo, destaca-se que a arbitragem foi incluída na Consolidação das Leis do Trabalho, por meio da Lei 13.467/2017¹²⁵, denominada de ‘Reforma Trabalhista’ e tornou-se possível, por meio de iniciativa do empregado ou concordância expressa desse empregado, desde que receba uma remuneração correspondente a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral da Previdência Social, equivalente a R\$11.678,90 (onze mil, seiscientos e setenta e oito reais e noventa centavos), atualmente¹²⁶. Nota-se assim, que a nova CLT pretendeu condicionar a arbitragem ao valor do salário e ao aceite do empregado, sem analisar a disponibilidade ou não da matéria a ser submetida aos árbitros. A arbitragem, assim como a mediação, dispõe sobre a necessidade de imparcialidade, tanto do árbitro quanto do mediador, como condição da própria validade desses institutos.

O instituto da arbitragem é visto por alguns doutrinadores com caráter jurisdicional, tendo em vista seguir um rito (seja escolhido pelas partes ou pelo árbitro) e também pela possibilidade do árbitro declarar o direito a quem pertence, assim como, pela possibilidade de conceder medidas de urgência¹²⁷, embora a efetividade dessas medidas dependa do Poder Judiciário. Eles consideram que, se o Judiciário não pode rediscutir a medida de urgência concedida pelo árbitro, apenas executa-la, ou este dispositivo legal é conflitante com o dispositivo constitucional que garante a todos o direito de acesso à Justiça¹²⁸, ou, de fato, a arbitragem tem natureza jurisdicional (MARINONI, 2017).

A definição clássica de jurisdição, como função de Estado, teria o condão de diferenciar as tarefas do árbitro e do juiz, pois somente o juiz pode exercer o Poder do Estado e o poder coercitivo (CHIOVENDA, 1942).

No Estado de Direito, o poder jurisdicional é de suma importância e somente pode ser exercido pelos magistrados. Dentro dessa concepção, a arbitragem não teria natureza

¹²⁴ Conforme estabelece art. 1º da Lei de Arbitragem.

¹²⁵ Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

¹²⁶ Conforme Portaria 9, de 15.01.2019, que estabelece, no art. 2º: “A partir de 1º de janeiro de 2019, o salário de benefício e o salário de contribuição não poderão ser inferiores a R\$ 998,00 (novecentos e noventa e oito reais), nem superiores a R\$ 5.839,45 (cinco mil oitocentos e trinta e nove reais e quarenta e cinco centavos)”.

¹²⁷ Previsto no art. 22-A e 22-B, da Lei de Arbitragem.

¹²⁸ Art. 5º, XXXV, da CRFB/88.

jurisdicional, pois apesar de almejar a pacificação social, assim como o Poder Judiciário, ao árbitro não é conferido o Poder de Estado, razão pela qual sua tarefa na arbitragem deve ser limitada ao campo de disposição das partes, a respeito do direito submetido ao processo arbitral, portanto, dentro do âmbito de disponibilidade do direito das partes, sendo que deliberar a seu respeito ultrapassaria a função do árbitro. Assim, decidir controvérsias revela expressão de Poder Estatal, logo, atividade jurisdicional, conforme argumenta Marinoni (2017).

Exigir que o Poder Judiciário execute a decisão de urgência de Juízo arbitral, sem poder reanalisar o mérito, contribui para o entendimento que a arbitragem constitui, de fato, uma jurisdição privada. Aliás, este foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹²⁹, como forma de valorizar e fortalecer o juízo arbitral, no sentido de considerar o árbitro como um juiz de fato e de direito para julgar as questões ligadas ao mérito da causa. Marinoni (2017) ressalta que impor ao Poder Judiciário o cumprimento de decisão de urgência deferido pelo juízo arbitral exige cautela semelhantes àquelas empregadas para o reconhecimento de validade das decisões arbitrais nacionais e estrangeiras¹³⁰.

Garcez, seguindo o entendimento do STJ, comenta:

A arbitragem tem um caráter misto, jurisdicional e contratual, e há tempos deixou de ser essencial o debate entre os que defendiam o caráter não jurisdicional e sim apenas contratual da mesma e aqueles que já admitiam conter a arbitragem elementos da jurisdição. [...] O conceito clássico de jurisdição, de Chiovenda, no sentido da função judicial estatal monopolística, substitutiva da vontade das partes e da atuação da lei no caso concreto evoluiu, e esse debate acadêmico não encontra, a nosso ver, hoje maior repercussão ou interesse. [...] O juízo arbitral, além disso, embora construído e instaurado com base no contrato subordina-se às normas acordadas entre as partes, inclusive quanto ao procedimento e a normas de alguma instituição que administre a arbitragem, mas também, de acordo com a lei, a regras básicas do processo civil. [...]. (GARCEZ, 2003: 141, 144)

A atividade jurisdicional, em sua definição clássica, está relacionada ao conceito de Estado, enquanto a arbitragem, como autêntica jurisdição privada¹³¹, está diretamente relacionada à autonomia da vontade, em que pressupõe que as partes que elegeram a arbitragem na solução dos seus conflitos estão dotadas de autonomia, por usufruírem não somente da

¹²⁹STJ, CC 111.230/DF, 2ª Seção, rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 03.05.2014: “o indispensável fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei 9.307/96 torna indispensável que se preserve, na maior medida possível, a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito para as questões ligadas ao mérito da causa. Negar tal providência esvaziaria o conteúdo da Lei de Arbitragem, permitindo que, simultaneamente, o mesmo direito seja apreciado, ainda que em cognição perfunctória, pelo juízo estatal e pelo juízo arbitral, muitas vezes com sérias possibilidades de interpretação conflitantes para os mesmos fatos.”

¹³⁰Os artigos da Lei de Arbitragem que estabelecem as condições de validade da decisão arbitral citados por Marinoni, são os arts. 32, 38, 39.

¹³¹A leitura do art. 18 da Lei de Arbitragem conduz a este entendimento: “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

igualdade formal perante a lei, mas da igualdade substantiva. Ademais, outro ponto de suma importância na arbitragem, constitui a necessidade de imparcialidade e de ética por parte dos árbitros.

Impende destacar que a arbitragem exige gastos¹³², pois deverão ser pagos os honorários do árbitro ou árbitros, bem como as despesas e custas do processo arbitral. Não existem pesquisas realizadas por entidades governamentais sobre os dados da arbitragem no Brasil, mas o Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, por meio de um Comitê Temático de Arbitragem realizou uma pesquisa, denominada de Anuário da Arbitragem no Brasil¹³³, nos anos de 2016 e de 2017. No ano de 2017, foram coletadas informações de 15 instituições nacionais e uma instituição internacional. Pela pesquisa, os valores médios das arbitragens, por instituição, variaram entre R\$360.000,00 a R\$510.000.000,00, e as matérias discutidas e informadas por essas instituições foram: disputas societárias; construções e projetos de infraestrutura; energia; contratos de prestação de serviços; propriedade intelectual; agência distribuição; seguros; contratos de parceria; compra e venda de sociedades; contratos bancários e/ou operações financeiras; contratos de franquia.

Em relação ao tempo médio de duração dos procedimentos, por instituição, contados do requerimento da arbitragem, o mais curto durou 14 meses e o mais longo 33,8 meses; já o tempo médio contado da assinatura do termo de arbitragem, o mais curto, por instituição, também foi de 14 meses e o mais demorado foi de 33 meses.

A pesquisa não informa os valores gastos com a arbitragem, mas considerando a tabela de despesas informadas no endereço eletrônico do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC)¹³⁴, os valores são bem expressivos e superiores aos gastos no Poder Judiciário¹³⁵, embora seja atrativo pela sua duração, conforme é salientado por doutrinadores brasileiros (TIMM, 2018).

Nesta seara de tempo de duração dos processos, tendo em vista a possibilidade da alteração dos procedimentos por convenção das partes no âmbito dos processos judiciais (art.

¹³² “Dispositivos da Lei de Arbitragem que tratam dos honorários e custas: “Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: [...]VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros”. [...] “Art. 13 [...] § 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias”. [...] “Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver”.

¹³³ Disponível em: http://www.cesa.org.br/anuario_da_arbitragem_no_brasil.html. Acesso em: 23 jun. 2020.

¹³⁴ Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/tabela-despesas-calculadora-2019/>. Acesso em: 28 out. 2019.

¹³⁵ A título de exemplo, pode-se verificar informações sobre as custas na Justiça Estadual do Pará. Disponível em: <http://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=808514>. Acesso em: 11 nov. 2019.

190 e 191, ambos do CPC)¹³⁶, mostra-se que a duração dos processos judiciais pode ser reduzida, a depender da disposição das partes para tal mister. Neste ponto, denota-se que a escolha da arbitragem na solução de conflitos trabalhistas, em face das partes poderem ajustar o rito e encurtarem o tempo de duração do processo e da decisão, não constitui argumento plausível à preterição da jurisdição estatal, por meio do Poder Judiciário Trabalhista.

No mais, passa-se a confrontar a jurisdição estatal trabalhista, representada pelo Poder Judiciário Trabalhista, com a jurisdição privada, representada pela arbitragem, para fins de compreender melhor suas vantagens e desvantagens.

O primeiro ponto a salientar é que no processo judicial as partes também podem alterar o rito processual. Disso resulta que uma vez estabelecida a vontade das partes, o juízo trabalhista tem o dever de seguir e a duração dos processos pode ser reduzida no tempo.

Segundo, pelo Relatório Justiça em Números do CNJ¹³⁷, a Justiça do Trabalho foi considerada a que obteve melhor índice de produtividade no país, avaliando-se o ano base de 2018, tanto no primeiro grau como segundo grau de jurisdição (CNJ, 2019, p. 45)¹³⁸. No mais, reclamação trabalhista é julgada, em média, em nove meses, conforme relatório de 2018, sendo um dos menores prazos registrados no Judiciário brasileiro e inferior também ao tempo de

¹³⁶“Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. [...] Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.”

¹³⁷O CNJ, pelas atribuições que lhe foram conferidas pela Emenda Constitucional n. 45/2014, é o órgão encarregado do controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Como decorrência desta atribuição, a EC também conferiu o encargo da elaboração de relatórios estatísticos, como forma de avaliação da atuação e do desempenho do Poder Judiciário, em seu aspecto administrativo, financeiro e funcional, para que se torne transparente à sociedade e seja possível, a partir desses dados a formulação de propostas que julgar necessárias, visando um Judiciário célere, efetivo, acessível a todos e transparente (art. 5º, XXXV, XXVII e art. 37, *caput*, da CRFB/88).

¹³⁸O Relatório Justiça em Números é disciplinado pela Resolução CNJ 76/2009, que estabelece como indicadores estatísticos os: 1) Insumos, dotações e graus de utilização, que seriam as receitas, despesas e a estrutura; 2) a litigiosidade, que considera a carga de trabalho, a taxa de congestionamento e a recorribilidade e reforma das decisões; 3) o acesso à justiça, e; 4) perfil das demandas. Pelo relatório, o CNJ busca avaliar a eficiência do Poder Judiciário, com base na produtividade dos magistrados e servidores. Para tanto, utiliza-se da técnica denominada Análise Envoltória de Dados (DEA). O método DEA estabelece comparações entre o que foi produzido (denominado *output*) e os recursos ou insumos de cada tribunal (denominados *inputs*). Tem por objetivo verificar a capacidade produtiva de cada tribunal, considerando-se os insumos disponíveis. Dessa forma, é possível estimar dados quantitativos sobre o quanto cada tribunal deve aumentar sua produtividade para alcançar a fronteira de produção, observando-se os recursos que cada um dispõe, além de estabelecer um indicador de avaliação para cada unidade (CNJ, 2019).

duração dos juízos arbitrais, sem que as partes tivessem feito uso da possibilidade de modificação do rito processual¹³⁹.

Assim, levando-se em conta os *inputs* e *output* considerados pelo Relatório Justiça em Números, a Justiça do Trabalho mostrou-se eficiente, com desempenho, também, no segmento de virtualização dos processos, facilitando o acesso pelas partes, além de ter obtido o melhor índice de conciliação, entre todos os demais ramos do Judiciário, que representa a melhor forma de encerramento de litígio judicial (CNJ, 2019, p 147).

Neste sentido, o sistema processual brasileiro¹⁴⁰, tanto na jurisdição cível como na jurisdição trabalhista, foi estruturado para estimular a autocomposição, mediante a negociação dos interessados, com ou sem a participação de terceiros (mediadores ou conciliadores) que auxiliem neste processo. Para tanto, há previsão legal de mediadores judiciais¹⁴¹, bem como foi estabelecido, por meio da Resolução 125, de 29.11.2010, do CNJ, os procedimentos e políticas a serem adotados para a conciliação e a mediação, no âmbito do processo judicial (jurisdicional).

Interessante mencionar, neste ponto, que o juiz controlará a validade das convenções das partes, no curso do processo judicial, na hipótese de manifesta vulnerabilidade de uma dessas partes, consoante previsão constante no CPC¹⁴², hipótese não contemplada na arbitragem, já que as partes devem ser consideradas sempre como iguais¹⁴³, ressaltando-se que na solução dos conflitos trabalhistas, apenas o patamar salarial do trabalhador será levado em consideração para fins de igualdade¹⁴⁴. Portanto, na arbitragem, não é observado se o trabalhador efetivamente possui autonomia da vontade, usufruindo não somente da igualdade formal perante a lei, mas da igualdade substantiva.

Terceiro, o ingresso na carreira do Poder Judiciário Trabalhista, assim como em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, com exceção do STF e do ingresso aos Tribunais

¹³⁹ Pelo dever de cooperação, as partes de um processo devem contribuir para a redução do tempo de duração dos processos, nos termos do Art. 6º do CPC: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

¹⁴⁰ Art. 2º, § 3º, do CPC c/c art. 764, CLT.

¹⁴¹ Art. 11, da Lei 13.105/2015.

¹⁴² Parágrafo único do art. 190, do CPC: “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

¹⁴³ Lei 9.307/96, art. 21, § 2º “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

¹⁴⁴ “Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

Regionais e Superiores pelo quinto constitucional¹⁴⁵, ocorre mediante a realização de concurso público, de provas e títulos¹⁴⁶ e são regidos pela Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar 35/1979), em relação aos deveres funcionais. Esta exigência não há na arbitragem, uma vez que os centros de arbitragem são privados e a admissão de árbitros podem não considerar o aspecto técnico e ético, razão inclusive da justificação da existência de concursos públicos no ordenamento jurídico brasileiro.

Quarto, os magistrados e ministros do trabalho gozam de garantias constitucionais para o exercício da jurisdição, correspondente a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio, de modo a exercerem com independência e imparcialidade a função judicante¹⁴⁷. Por outro lado, os árbitros não dispõem dessas garantias, por não ocuparem função pública, apenas são equiparados a esta para fins penais, e por não serem investidos do Poder de Estado. Sem essas garantias, a imparcialidade das suas decisões pode restar comprometida.

Quinto, os membros do Poder Judiciário Trabalhista são fiscalizados por seus órgãos e por toda a sociedade, inclusive pelo Ministério Público. A atuação de todos esses órgãos (CNJ, CSJT, ENAMAT e EJUD) visa a qualificação, o comprometimento, a imparcialidade e celeridade dos magistrados na condução e julgamento dos processos trabalhistas, enquanto os árbitros têm apenas a fiscalização das partes do processo.

Sexto, os árbitros são remunerados pelas partes, enquanto os juízes trabalhistas pelo Estado. Em um conflito trabalhista resolvido pela jurisdição trabalhista, as despesas processuais se limitam às decorrentes do processo, como custas e honorários sucumbenciais e, às vezes, dependendo da matéria apreciada, honorários periciais, além de admitir a concessão dos benefícios da justiça gratuita aos que não possuem condições de pagar sem prejuízo do próprio sustento, muito comum em trabalhadores brasileiros (CNJ, 2019).

Ademais, na hipótese de acordo judicial, as partes podem transacionar as custas e os honorários advocatícios, pois pela inexistência de sucumbência, seriam indevidos. Na arbitragem, essas despesas sempre existirão e, na hipótese de pagamento total a cargo da empresa (empregador), induz ao questionamento sobre a imparcialidade dos árbitros, pois estarão sendo remunerados para julgar o processo de quem lhes pagam, assim como o custo total do acionamento do processo arbitral.

¹⁴⁵O quinto constitucional, previsto no art. 94 c/c art. 111-A, da CRFB/88 é um dispositivo jurídico que determina que um quinto das vagas de determinados tribunais brasileiros seja preenchido por advogados e membros do Ministério Público, e não por juízes de carreira.

¹⁴⁶A forma de ingresso é estabelecida pelo art. 93, I, CRFB/88.

¹⁴⁷As garantias estão previstas no art. 95, I, II e III, da CRFB/88.

Em sétimo, a limitação da solução de conflitos trabalhistas pela arbitragem às hipóteses de trabalhadores com remuneração equivalente ou superior a R\$11.678,90 (onze mil, seiscientos e setenta e oito reais e noventa centavos), desconsidera a possibilidade da ocorrência de trabalhadores hipossuficientes, vulneráveis ou mesmo hipervulneráveis. Aliás, em muitas situações, o empregado que auferia um salário neste patamar, quando da ocorrência do conflito trabalhista já assumiu o *status* de desempregado (CNJ, 2019).

Oitavo, as decisões da arbitragem não possuem poder coercitivo, pois os árbitros estão desprovidos de Poder Estatal e, na hipótese de descumprimento, o Poder Judiciário deverá ser acionado para executar e obrigar a parte a cumprir o acordo ou a decisão arbitral¹⁴⁸. Esta situação faz recordar a época em que não existia jurisdição trabalhista e os órgãos que julgavam as lides não tinham poder jurisdicional, conforme analisado na subseção 3.3.

Em nono, as decisões arbitrais não estão sujeitas a recurso ou revisão. Embora possa parecer uma vantagem, por contribuir para a celeridade, por outro lado, não possibilita corrigir uma injustiça da decisão¹⁴⁹. Em contrapartida, na jurisdição trabalhista é direito das partes o duplo grau de jurisdição.

Em décimo, as decisões arbitrais podem ser anuladas pelo Poder Judiciário, quando existente algum vício, como parcialidade dos árbitros, por exemplo, ou decisão contrária aos bons costumes. Assim, as decisões arbitrais não garantem segurança às partes.

Desse modo, a escolha da arbitragem para formalização de acordos entre trabalhadores e empresas (empregadores), no Brasil, não parece ser uma escolha visando a celeridade ou a imparcialidade, pois o Judiciário Trabalhista é constituído de núcleos de mediação para este mister e com a garantia de proteção aos vulneráveis, conforme acima já comentado e pelos dados do Justiça em Números (CNJ, 2019).

Além disso, na arbitragem as normas aplicadas serão escolhidas pelas partes e, portanto, não há vinculação aos ditames da justiça social, restando apenas resguardado aos árbitros a observação dos bons costumes e da ordem pública, conforme art. 2º, § 1º da Lei de arbitragem: “Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.

Denota-se assim que, de fato, a arbitragem é uma jurisdição privada e sem poder coercitivo e, portanto, sua escolha está associada à efetiva autonomia da vontade das partes, do

¹⁴⁸ Art. 515 do CPC: “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...]: VII - a sentença arbitral.”

¹⁴⁹ Artigo da Lei de Arbitragem: “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

contrário, pode ser revelar um método contrário aos objetivos brasileiros e do direito internacional, em relação à observância dos direitos humanos trabalhistas, do trabalho decente e da justiça social.

A próxima seção, diante das consideradas examinadas, investigadas e avaliadas até aqui, pretende esmiuçar o quinto e o sexto objetivos específicos da pesquisa.

4 JUDICIÁRIO TRABALHISTA COMO EXIGÊNCIA DA JUSTIÇA SOCIAL

A concepção de justiça como equidade de Rawls exige a necessidade de certas condições de fundo para que as transações entre os indivíduos sejam equitativas e para que possa ocorrer a justiça de fundo e, assim, a justiça social. As instituições da estrutura básica têm esse papel nas condições de fundo. Denota-se que o objetivo de Rawls (2011) foi estabelecer uma estrutura básica formada por instituições que definem o pano de fundo social e que, ao mesmo tempo, contenham disposições que ajustem e compensem as inevitáveis tendências de afastamento à justiça de base, razão da importância da divisão institucional.

Assim, Rawls compreende que mesmo em uma sociedade bem-ordenada, que é uma sociedade idealizada, em que há o cumprimento estrito das normas razoáveis e praticáveis, há necessidade deste desenho institucional, pois sempre haverá necessidade de ajustes dentro da estrutura básica, independente da ocorrência de injustiças (RAWLS, 2011).

Com efeito, qualquer que seja a concepção de justiça adotada em uma sociedade, elas definem os princípios estruturais necessários e indicam o caminho geral a ser seguido, pelos governantes e pela população, de modo que possa ser preservada uma justiça de base e que cada indivíduo possa seguir seus planos de vida livremente. Ou seja, sempre deve haver uma teoria ideal para uma estrutura básica ideal, servindo de protótipo para uma sociedade real. Essas afirmações sintetizam o pensamento do filósofo, conforme as palavras retiradas de seu livro:

Uma concepção de justiça deve especificar os princípios estruturais necessários e apontar a direção geral da ação política. Se faltar essa forma ideal para as instituições básicas, não haverá um fundamento racional para ajustar continuamente os processos sociais, de maneira que preserve a justiça de base, nem para eliminar a injustiça existente. Assim, a teoria ideal, que define uma estrutura básica perfeitamente justa, é um complemento necessário para a teoria não ideal, sem o qual o desejo de mudança carece de um objetivo (RAWLS, 2011, p. 337-338)

Assim, nesta seção será analisado se o Poder Judiciário Trabalhista brasileiro pode ser considerado uma instituição nos termos da teoria ideal de Rawls e, também, na teoria não ideal, considerando o contexto da sociedade brasileira. Para tanto, será examinado se o conteúdo da concepção de justiça como equidade (os dois princípios de justiça) se amolda à realidade brasileira ou mesmo se equipara aos anseios de justiça social do Estado brasileiro.

4.1 CONTEXTUALIZANDO O PODER JUDICIÁRIO TRABALHISTA COMO INSTITUIÇÃO BÁSICA

O Poder Judiciário, na teoria rawlsiana, possui importância primordial, pois além de ser o exemplo supremo da razão pública é o intérprete último da Constituição, configurando o sistema de julgamentos, uma instituição da estrutura básica (RAWLS, 2011). Pelo fato do Judiciário ser um elemento constitucional essencial e suas atribuições serem determinadas no texto constitucional, por meio de representantes dos cidadãos eleitos de forma democrática, Rawls (2011) entende que o próprio povo é o último intérprete da Constituição.

Em sua teoria, o filósofo político americano não menciona a divisão do Judiciário, da forma como estabelecido pelo Estado brasileiro, para julgamento de crimes, direitos do consumidor e direitos trabalhistas, por exemplo. Mas, conforme aponta o filósofo, esses pontos de organização do Estado são elementos constitucionais essenciais e estabelecidos democraticamente pelas partes após a escolha dos princípios de justiça.

Nos termos da sociedade brasileira, a estrutura do Poder Judiciário foi estabelecida democraticamente pela Assembleia Nacional Constituinte¹⁵⁰, ou seja, pelo Poder Constituinte Originário, tal qual a posição original de Rawls. Conforme analisado no item 3.2, a CRFB/88 foi promulgada visando aos anseios da população, mediante representatividade substancial dos cidadãos brasileiros. Denota-se assim, que a manutenção de um Poder Judiciário Trabalhista, independente e autônomo, foi uma escolha democrática do povo brasileiro.

Neste diapasão, o processo social do Brasil, ou seja, as suas condições sociais de fundo, à época da elaboração da CRFB/88, procuraram manter instituída a Justiça do Trabalho, pois é o contexto e as diferentes situações da estrutura básica que definem quais instituições serão criadas e mantidas e suas diferentes funções. Portanto, é a maneira como as partes se articulam entre si que explica a necessidade de determinadas instituições.

Partindo desta perspectiva, se o Judiciário Trabalhista é exigência da justiça social e, portanto, uma instituição necessária para resolução de conflitos trabalhistas, na realidade atual brasileira, impõe-se a análise do contexto social de fundo dentro do qual as atividades dos particulares e das associações se desenvolvem entre si e perante o Estado brasileiro, como também, obriga investigar a concepção de justiça que orienta a estrutura básica do Brasil.

A subseção 3.2. apontou que o Brasil é constituído em um Estado democrático de direito, e que o seu sistema jurídico constitucional contempla uma gama de direitos fundamentados na dignidade da pessoa humana. Além da dignidade, constituem fundamentos a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do pluralismo político, conforme art. 1º e incisos da CRFB/88, abaixo transcritos:

¹⁵⁰ Mesmo com as Emendas Constitucionais ocorridas após a promulgação da CRFB de 1988, a composição básica do Judiciário brasileiro, com sua divisão em ramos autônomos, foi considerada desde a promulgação, em 1988.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Todos esses fundamentos da República Federativa do Brasil conduzem ao respeito pelos direitos humanos básicos¹⁵¹, considerados, por Rawls, essenciais para uma sociedade democrática, além da lista de bens primários básicos, conforme mencionados e transcritos na subseção 1.1 que, novamente, é copiado:

- a. direitos e liberdades fundamentais, também especificadas por uma lista;
- b. liberdade de movimento e livre escolha de ocupação, contra um pano de fundo de oportunidades diversificadas;
- c. capacidades e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica;
- d. renda e riqueza;
- e. e, por fim, as bases sociais do autorrespeito. (RAWLS, 2011, p. 213)

A conjugação dos dispositivos da CRFB/88, acima transcritos com o *caput* do art. 5º da CRFB/88, *in verbis*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”, leva ao entendimento de que as liberdades básicas iguais fazem parte da concepção de justiça do Brasil.

Além disso, os objetivos fundamentais do Brasil, reproduzidos abaixo, assim como os fins da ordem econômica brasileira, que são baseados nos ditames da justiça social¹⁵², direcionam-se ao mesmo pensamento de Rawls, no tocante ao ideal de uma justiça distributiva, visando uma sociedade mais igualitária¹⁵³. Sobre os objetivos da CRFB/88:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;

¹⁵¹ Direito à vida (aos meios de subsistência e segurança); à liberdade (à liberdade de escravidão, servidão e ocupação forçada, e uma medida de liberdade consciência suficiente para assegurar a liberdade de religião e de pensamento); à propriedade (propriedade pessoal) e à igualdade formal como expressa pelas regras da justiça natural (isto é, que casos similares devem ser tratados de maneira similar). Além dos direitos básicos que são as liberdades, poderes e proteções necessárias para o pleno desenvolvimento e exercício adequado dos poderes morais em uma sociedade liberal e democrática.

¹⁵² Art. 170 da CRFB/88: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”

¹⁵³ Sociedade igualitária para Rawls, conforme comentado na subseção 1.1 não significa acabar com as desigualdades, pois entende que elas sempre existirão.

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesta toada, o Brasil tem uma concepção de justiça social equiparável à rawlsiana, no sentido de almejar liberdades iguais e a redução das desigualdades, além de ser uma democracia constitucional, em que os elementos constitucionais essenciais estão devidamente especificados na Carta Constitucional brasileira.

Em relação à justiça social, cabe trazer os comentários de Vidigal, no sentido que há aceitação universal pelos brasileiros, conforme abaixo:

Curiosamente, no entanto, porque envolvida no manto ético, a sua inserção no nível constitucional, como princípio – que já ocorria inutilmente, desde a Constituição de 1946 -, não sofre contestação pública nem dos mais radicais adeptos do liberalismo. (VIDIGAL, 1973, p. 211 e ss. apud GRAU, 2018, p. 222)

Neste diapasão, uma justiça social e distributiva é o fim almejado pela CRFB/88. Grau (2008, p. 222) assim aduz: “as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica”.

Não restam dúvidas que o princípio de liberdades básicas iguais¹⁵⁴ tem previsão no texto constitucional brasileiro, fazendo parte do sistema jurídico. A Carta Magna tenciona também, a redução do nível das desigualdades, assim como a igualdade equitativa de oportunidades¹⁵⁵, razão de sua equiparação à concepção de justiça de Rawls. Contudo, assim como na teoria ideal rawlsiana, a justiça distributiva (2º princípio da justiça) tem sua regulamentação na fase legislativa, por não fazer parte dos elementos constitucionais essenciais. Assim, o estágio legislativo encarrega-se de determinar a forma de aplicação dos princípios distributivos nas instituições da estrutura basal. A título de exemplo, o princípio da diferença por ser aplicado por meio de regras de tributação¹⁵⁶, elaboradas por meio de leis infraconstitucionais.

Importante registrar que, efetivamente, o regime econômico do Brasil não aplica o princípio da diferença, como na teoria ideal de Rawls, pois não se observa, desde a promulgação

¹⁵⁴ Já citada anteriormente na presente dissertação, mas transcrita novamente: “Liberdades de pensamento e de consciência; liberdades políticas (por exemplo, o direito de votar e de participar da política e liberdade de associação, bem como os direitos e liberdades especificados pela liberdade e integridade (física e psicológica) da pessoa; e, finalmente, os direitos e liberdades abarcados pelo estado de direito”. (RAWLS, 2003, p. 62)

¹⁵⁵ A título de exemplo, pode-se citar o §1º, do art. 211, da CRFB/88, que visa equalizar as oportunidades educacionais: “Art. 211. [...] § 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios”.

¹⁵⁶ Rawls (2016) considera que o princípio da diferença pode ser efetivado na fase legislativa mediante regras tributárias sobre renda, heranças, propriedades.

da CRFB/88, um direcionamento das instituições (no sentido das regras produzidas pelo Parlamento) para que fossem equacionados os níveis de desigualdades econômicas e sociais vivenciadas no país.

É possível vislumbrar essa afirmativa mediante os dados estatísticos da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que apontam que o rendimento médio mensal real de 1% da população com maiores rendimentos corresponde a 33,8 vezes o rendimento de 50% da população com os menores rendimentos (IBGE, 2019). Este elevado grau de desigualdade econômica demonstra a concentração de muita riqueza em mãos de poucos, sendo capaz de gerar a temerosa dominação do poder político, alertado por Rawls em sua teoria como entrave à efetivação das liberdades políticas iguais.

Ademais, observa-se no Brasil uma grande concentração do poder político pertencendo a poucos que, via de regra, são os detentores do poder econômico e correspondem aos grupos elitizados. Infere-se tais fatos, quando se observa que membros de uma mesma família seguem carreira política e se alternam no poder político brasileiro ao longo de décadas¹⁵⁷, trazendo ao debate a existência de um governo de elites no Brasil, capaz de impedir a efetiva participação política de todo o povo brasileiro.

Schumpeter (2017) é um dos defensores de um governo de elites, em que a minoria governa a maioria, e busca, por meio de uma democracia puramente procedimental, legitimar o cenário de dominação e a manutenção do *status quo* de desigualdades. A transcrição abaixo esclarece sobre este tipo de democracia:

Neste diapasão, a teoria schumpeteriana ou elitista consegue se adequar ao cenário de desigualdade existente na ordem jurídica capitalista vigente, pois quando não almeja o ideal democrático igualitário, conforma-se com o simples exercício do ato de votar pelo povo, para definição de democracia. (PINHEIRO; VERBICARO, 2018, p. 290)

Portanto, para o teórico Schumpeter, o poder político se resume ao simples exercício do ato de votar, sem a necessidade de uma participação efetiva do povo nas decisões políticas do Estado, conformando-se com essa realidade, pois nada busca concretizar para a realização

¹⁵⁷ Observa-se esta situação porque membros de uma mesma família seguem a carreira política e se alternam ou mesmo se mantêm no poder político brasileiro, como é o caso da família Barbalho, do estado Pará, por exemplo, em que Jader Barbalho, Elcione e Helder Barbalho se mantêm no poder político por longos períodos. A mesma situação pode ser extraída da família do atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, em que seus filhos ocupam cargos eletivos juntamente com ele há muitos anos. Ou mesmo a família do ex-presidente da República José Sarney, que também, por vários anos ocupam cargos políticos. Além desses, há muitos outros parlamentares, cujos dados podem ser extraídos do site da câmara dos deputados e do senado federal. Disponíveis em: <https://www.camara.leg.br/deputados/historico-parlamentar> e <https://www12.senado.leg.br/hpsenado>. Acesso em: 24 out. 2019.

de um ideal democrático igualitário. Neste contexto, os dados estatísticos do Pnad, citados acima, demonstram a inexistência de uma justiça de fundo equitativa no Brasil, ainda que a CRFB/88 tenha moldado para que fosse garantida. Esses aspectos serão mais detidamente analisados nos próximos parágrafos.

A ideia de valor equitativo das liberdades políticas iguais, na teoria de Rawls (2003), configura uma grande inquietação sua, pois visa combater o argumento que nos Estados Democráticos Modernos somente é possível uma igualdade formal e não substantiva. Busca o filósofo que a vida política e a promulgação de leis e políticas sociais não sejam controladas pelos detentores de renda, de riqueza e das melhores posições sociais, e, por conseguinte, da promoção apenas de seus interesses particulares.

Para tanto, Rawls considera que o valor das liberdades é estimado pelo índice de bens primários e não é a mesma para todos, mas o princípio da diferença, ao maximizar o índice desses bens disponíveis para os menos favorecidos, maximiza o valor que têm para eles as liberdades iguais desfrutadas por todos. Contudo, isso somente é empregado quando garantido o primeiro princípio das liberdades equitativas na justiça de base, sendo que, unicamente em relação às liberdades políticas iguais, Rawls (2003) considera a necessidade que tenham o mesmo valor equitativo para todos os cidadãos, diferentemente do que ocorre com as demais liberdades.

Portanto, é o primeiro princípio (liberdades) que deve garantir o valor equitativo das liberdades políticas iguais, e somente dessas liberdades, no sentido de que todos tenham uma oportunidade equitativa de ocupar cargos, de afetar o resultado das eleições e assim por diante. É uma ideia similar à da igualdade equitativa do segundo princípio de justiça como equidade (RAWLS, 2003).

A título de exemplo, Rawls (2003) cita algumas formas viáveis de tornar isso possível, como o uso de fundos públicos para eleições e restrições às contribuições de campanhas, assim como a garantia de um acesso equitativo aos meios de comunicação, e algumas regulamentações¹⁵⁸ da liberdade de expressão.

Neste sentido, alguns ajustes devem ser feitos entre as liberdades básicas, como de expressão e de imprensa, uma vez que essas liberdades não são mais absolutas que as liberdades políticas com seu valor equitativo garantido. Portanto, pela teoria rawlsiana, devem ser promulgadas leis justas e evitado que a utilidade¹⁵⁹ das liberdades políticas esteja à disposição da posição social e dos meios econômicos dos cidadãos, pois, de fato, considera

¹⁵⁸ Rawls (2003, p. 212) fala em regulamentação, mas não restrições que afetem o conteúdo da expressão.

¹⁵⁹ No sentido de função da utilidade, como explicado na subseção 1.2 e não como princípio do utilitarismo.

que estão muito mais sujeitas que a utilidade de outras liberdades básicas, razão de sua preocupação. As demais liberdades não precisam ter os mesmos valores aos cidadãos, pois isto seria irracional para Rawls. Sobre o assunto:

A exigência do valor equitativo das liberdades políticas, bem como o uso de bens primários, faz parte do significado dos dois princípios de justiça.

[...]

A ideia de valor equitativo das liberdades políticas levanta outra questão: por que não assegurar o valor equitativo para todas as liberdades básicas? Esta proposta de uma ampla garantia de valor equitativo para todas as liberdades básicas leva a ideia de igualdade mais longe que os dois princípios. A ideia dessa ampla garantia é, a meu ver, irracional, supérflua ou ainda fonte de conflitos sociais. Consideremos como ela poderia ser entendida: (a) Se essa garantia significa que a renda e riqueza deve ser distribuídas de forma igualitária, ela é irracional: não permite que a sociedade satisfaça às exigências de organização social e eficiência. Se significa que um certo nível de renda e riqueza tem de ser garantido para todos a fim de expressar o ideal de valor igual das liberdades básicas, é supérflua, já temos o princípio da diferença. (b) Se a garantia mais ampla significa que a renda e a riqueza devem ser distribuídas de acordo com o conteúdo de certos interesses considerados centrais para os projetos de vida dos cidadãos, por exemplo, os interesses religiosos, então será fonte de conflitos sociais (RAWLS, 2003, p. 213-214).

Portanto, apenas o valor das liberdades políticas almeja que sejam iguais, as demais liberdades básicas não precisam ter o mesmo valor, até porque isso levaria a conflitos sociais, ante a inexistência de consenso sobre os projetos de vida, e ultrapassaria o limite da estrutura básica, pois teria de ser garantido a todos os mesmos recursos materiais, o que é desnecessário para a teoria rawlsiana, porque o princípio da diferença é capaz de equacionar os níveis de desigualdades, sem precisar igualar todos.

No mais, proporcionar o mesmo valor às liberdades políticas básicas conduz à ideia de bens primários, pelo menos no tocante aos elementos constitucionais essenciais, e aos meios polivalentes necessários para que existam oportunidades equitativas dos cidadãos se beneficiarem das liberdades básicas e para que possa existir o mesmo *status* de cidadania a todos.

Em continuidade à análise do contexto brasileiro, o valor equitativo das liberdades políticas básicas já pode ser contestado pelas informações estatísticas acima citadas, no tocante a sempre ocuparem cargos públicos as mesmas famílias no Brasil. Além disso, os bens primários básicos equitativos¹⁶⁰ não são garantidos a todos na estrutura básica, consoante se observa pelas pesquisas estatísticas ocorridas no país.

¹⁶⁰ Transcreve-se novamente: “a. direitos e liberdades fundamentais, também especificadas por uma lista; b. liberdade de movimento e livre escolha de ocupação, contra um pano de fundo de oportunidades diversificadas; c. capacidades e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica; d. renda e riqueza; e, por fim, as bases sociais do autorrespeito”. (RAWLS, 2011, p. 213).

De acordo com a Pnad de 2019, divulgado pelo IBGE, a taxa de desemprego no Brasil foi de 11,8% no trimestre finalizado em setembro de 2019, correspondente a 12,5 milhões de pessoas sem renda, o que ainda persiste no ano de 2020, cujo percentual no primeiro trimestre foi de 12,2%¹⁶¹ (IBGE, 2020). Além disso, no mercado de trabalho do país, conforme dados da pesquisa, há desigualdade de gênero e de raça, quando se observa maior empregabilidade dos homens e dos brancos, e também quando se verifica que das 6,2 milhões de pessoas empregadas como trabalhadores domésticos, por exemplo, 4,5 milhões (94,1%) são mulheres, notando-se diferença salarial dentro desta mesma categoria. Essas contingências decorrentes de fatores sócio culturais acarretam injustiça social e demonstram que a sociedade brasileira não é bem-ordenada, no sentido rawlsiano, afetando, significativamente, a distribuição dos bens primários sociais aos brasileiros, dentro da estrutura básica.

Ademais, 50% dos brasileiros de 25 anos ou mais de idade não concluíram a educação básica¹⁶², sendo que o ciclo básico de aprendizagem termina quando o estudante se forma no ensino médio. Além disso, apenas 16,5% da população acima de 25 anos ou mais concluiu o ensino superior (IBGE, 2019). Ainda se observa, no Brasil, índice elevado de analfabetismo, alcançando 6,8% da população no ano de 2018, aproximando-se de países como Guatemala, Honduras, El Salvador e República Dominicana que, em 2015, tinham percentual entre 18,7% a 8% (IBGE, 2019).

Por seu turno, o Brasil ainda apresenta diferenças por regiões, tanto em relação ao desemprego como no que concerne à educação. De uma forma geral, em 2018, 27,6% da população brasileira possuía restrições à educação; 37,2% aos serviços de saneamento básico e 20,9% aos serviços de acesso à internet, sendo que as regiões norte e nordeste do país possuem índices inferiores às demais regiões (IBGE, 2019).

Assinala-se, ainda, que o percentual de brasileiros que não concluíram o ensino médio, na faixa etária de 25 anos a 64 anos é bem acima da média dos demais países membros ou associados à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁶³, sendo o percentual de 49% no ano de 2017, enquanto a média da OCDE era de 21,8% (OECD, 2019). Ademais, o percentual de pessoas de 25 a 64 anos com ensino superior completo alcançado

¹⁶¹ A pesquisa do primeiro trimestre de 2020 foi realizada sem considerar o estado de calamidade pública decretado no Brasil, nos termos do Decreto Legislativo nº 6, de 20.03.2020, tendo em vista que as consequências sentidas pela pandemia, devido ao novo Coronavírus, são posteriores aos dados estatísticos.

¹⁶² Ciclo básico de aprendizagem termina quando o estudante se forma no ensino médio, art. 35 da Lei 9.3494, de 20.12.1996.

¹⁶³ Traduzido para o inglês, tem-se Organisation for Economic Cooperation and Development, cuja sigla passa a ser OECD.

pelos países da OCDE, em 2017, foi de 36,7%, quase o dobro da média do brasileiro no mesmo ano de 2017, que foi de 19,7%.

Outra questão importante a ser refletida é o acesso à internet. Desde o advento da Lei 12.965, de 23.04.2014, tal serviço é considerado essencial ao exercício da cidadania e juntamente com a educação, conduz ao conhecimento e à informação, razão de ser avaliada para fins de qualidade de vida e ser levada em conta pelas pesquisas sobre desenvolvimento humano e crescimento econômico (IBGE, 2019). Dworkin, assim, manifesta-se sobre o acesso às informações em relação ao exercício da cidadania e da democracia:

Se o discurso público for mutilado pela censura, ou cair em uma briga de gritos e calúnias, na qual cada lado só tenta distorcer o que os outros dizem ou gritar mais alto do que os outros, então não há governo coletivo, nenhum tipo de empreendimento coletivo, mas somente a contagem de votos como uma espécie de guerra (DWORKIN, 2011, p. 521-513)

Insta acrescentar, devido à quantidade de desempregados e pessoas com renda baixa e instável no Brasil (IBGE, 2019), há um déficit de recursos para grande parte da população brasileira, e assim, nem todos os brasileiros têm os meios polivalentes para seguirem seus planos de vida. Faltam bens primários básicos imprescindíveis para grande parte da população brasileira, como saúde, educação e emprego, conforme dados do Pnad de 2019 (IBGE, 2019). Em consequência de todos esses dados, o índice de desenvolvimento humano (IDH) do Brasil, em relação a outros países precisa ser aumentado, ocupando a 79ª posição mundial, com um índice de 0,761, em 2018 (PNUD, 2019), sem deixar de considerar que há diferenças internas no país por regiões/localidades, como por exemplo, o IDH Municipal de Florianópolis é de 0,840, enquanto em Macapá é de 0,746 (IBGE, 2019).

Para Sen (2000), o desemprego, por exemplo, acarreta efeitos para além da ausência de renda, pois constitui fonte de enfraquecimento da liberdade, da iniciativa e das habilidades dos indivíduos. Assim, para o autor, entre as várias consequências, o desemprego contribui para “a exclusão social de alguns grupos e acarreta a perda de autonomia, de autoconfiança e de saúde física e psicológica.” (SEN, 2000, p. 36).

Em sendo negado o pleno emprego¹⁶⁴, inexistem as condições materiais que permitam que a grande maioria dos trabalhadores possam dispor livremente sobre as suas condições de trabalho, já que o salário ainda figura como de natureza estritamente alimentar para a maioria

¹⁶⁴ Em um sentido amplo, corresponde à quando todos aqueles autorizados a trabalhar que buscam emprego o encontram em pouco tempo e com pouco esforço.

dos trabalhadores brasileiros¹⁶⁵ (REYMÃO; PINHEIRO, 2018). Ademais, nota-se que o mínimo social de Rawls não é alcançado, muito menos o mínimo existencial decente de bens sociais defendido pelo utilitarismo, conforme discorrido na subseção 1.2.

Ademais, no mesmo sentido rawlsiano, o utilitarismo de Mill (2000) considera o conhecimento de primordial importância, ante o seu caráter emancipatório e necessário para o desenvolvimento do senso de justiça. Sobre o papel emancipatório da educação ampla e de qualidade no cenário brasileiro, as palavras abaixo:

[...] a CF/1988, classificada como dirigente e guiada pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana, eleva o direito à educação ao patamar de direito social, que deve ser obrigatoriamente implementado pelo Estado, por meio de atuação positiva. Tal direito deve ser exercido em condições de total liberdade, sem preconceitos ou discriminações de qualquer espécie, estando essa ideia de educação emancipatória diretamente vinculada aos fundamentos e objetivos constitucionais da República Federativa do Brasil. (BATISTA; COSTA; FREITAS, 2017, p. 222).

Por conseguinte, o Estado brasileiro deve garantir uma educação que proporcione a autonomia dos indivíduos e não apenas se limite a ensinar competências voltadas para o mercado de trabalho, pois essa limitação apenas concretiza uma sociedade cada vez mais desigual e distante da justiça social.

Os dados do Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA)¹⁶⁶, realizado em 2018, divulgado pela OCDE, em 2019, que avalia estudantes a nível mundial em termos de leitura, ciências e matemática, demonstram a precariedade da educação brasileira. Este programa concluiu que 68,1% dos estudantes brasileiros estão no pior nível de proficiência em matemática e não possuem nível básico. Em ciências, nenhum aluno brasileiro atingiu o topo da proficiência na área e 55% não atingiram o nível básico. No que concerne à leitura, 50% dos brasileiros não atingiram o nível mínimo de proficiência que os jovens devem adquirir até o final do ensino médio e estão dois anos e meio abaixo da média do nível dos países da OCDE, em relação ao nível de escolarização de proficiência em leitura. Em todas as disciplinas o Brasil ficou abaixo da média (PISA, 2018). O Brasil ocupa a 57ª posição entre os países da OCDE em termos de educação.

¹⁶⁵ A hipossuficiência fica evidente, sem considerar a vulnerabilidade decorrente da ausência de conhecimento por falta de educação de qualidade e acesso à internet.

¹⁶⁶ A sigla é oriunda do inglês *Programme for International Student Assessment*. O PISA ocorre a cada três anos pela OCDE. O PISA oferece informações sobre o desempenho dos estudantes na faixa etária entre 15 anos e 3 meses (completos) e 16 anos e 2 meses (completos) de idade no início do período de aplicação da avaliação, matriculados em instituições educacionais localizadas no país participante, a partir do 7º ano do Ensino Fundamental, vinculando dados sobre seus backgrounds e suas atitudes em relação à aprendizagem e também aos principais fatores que moldam sua aprendizagem, dentro e fora da escola. Dados extraídos da página do PISA. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/pisa>. Acesso em: 21 jun. 2020.

Insta observar, que o *status* socioeconômico foi um forte determinante no desempenho em leitura, matemática e ciências no Brasil. Os alunos com mais recursos superaram os alunos desfavorecidos na leitura em 97 pontos (média da OCDE: 89 pontos), conforme dados do PISA de 2018.

Importante mencionar que a teoria ideal de Rawls reconhece que os cidadãos podem ter *status* na vida social, mas desde que sejam adquiridos de forma apropriada, considerando a igualdade basal de oportunidades e que possam gerar benefícios para o bem geral. Nas palavras do filósofo:

Está muito perto de ser errada ou injusta em si mesma no sentido de que, em um sistema de status, nem todos podem ocupar níveis mais elevados. O status é um bem posicional, como às vezes se diz. Status elevados pressupõem outras posições abaixo deles; portanto, se almejamos para nós um status mais elevado, na verdade consentimos um esquema em que outros terão necessariamente um status inferior. Por isso gostamos de pensar que aqueles com status mais elevado normalmente obtêm ou alcançam sua posição de modo apropriado a gerar benefícios para o bem geral que compensem isso. Status fixo atribuído por nascimento, gênero ou raça é algo particularmente odioso”. (RAWLS, 2003, p. 185).

Neste diapasão, Rawls considera injusta a ocupação de posição social na sociedade e as vantagens dela decorrentes, quando oriunda de contingências, seja natural, social ou fortuita. Neste aspecto, os dados das pesquisas apontados acima demonstram que não há a garantia de acesso à educação de qualidade dissociada da renda e da riqueza dos cidadãos brasileiros. Na concepção rawlsiana, essa forma de *status* constitui uma aquisição injusta. O filósofo considera “odioso” o *status* obtido dessa maneira, ou seja, com base em contingências (RAWLS, 2003, p. 185).

Nesta esteira de argumentos, a sociedade brasileira está bem distante do valor equitativo de participação política (valor equitativo das liberdades políticas básicas – *status* cidadania), pois além de um sufrágio igualitário e eleições frequentes, necessitaria de uma parceria de iguais que visassem o bem comum. Muito longe, também, do caráter cívico e do sistema equitativo de cooperação defendidos por Rawls (2016), em sua teoria ideal de justiça.

Neste sentido, a ideia de dever natural dos cidadãos brasileiros - do dever natural positivo de respeito e ajuda mútua, como de cumprir e promover a justiça, assim como o dever negativo de não ferir ou prejudicar os inocentes - precisam ser enfatizados pelos deveres legais, ou seja, pela consideração às instituições, ante a carência de uma educação necessária para o desenvolvimento do senso de justiça, que parece não estar sendo atendida no Brasil. Independente da normatização, os brasileiros precisam ter ciência de que a cooperação social visa o melhor para todos, eis que os indivíduos têm o dever natural de não serem cruéis e o

dever de ajudar o próximo, independente do comprometimento com essas ações (RAWLS, 2016). Sobre dever natural diz Rawls:

Ao contrário das obrigações, os deveres naturais se caracterizam por se aplicarem a nós independente dos nossos atos voluntários. Ademais, não têm ligação necessária com instituições ou costumes sociais; seu teor não é, em geral, definido pelas normas dessas organizações (RAWLS, 2016, p. 137).

Ademais, dever natural diferencia-se de obrigações, estas constam no sistema jurídico brasileiro e são impostas a todos os cidadãos brasileiros e Rawls (2016, p. 134), comenta: “Por definição, as exigências especificadas pelos princípios de equidade são obrigações”. Todas as obrigações surgem dessa maneira”. Os comentários de Rawls sobre obrigações:

[...] elas resultam de atos voluntários; esses atos podem ser a manifestação de compromissos explícitos ou tácitos, como acontece com as promessas e os acordos, porém não obrigatoriamente, como no caso da aceitação de benefícios. Além disso, o teor das obrigações é sempre definido por uma instituição ou por uma prática, cujas regras se especificam o que se exige de cada um. (RAWLS, 2016, p. 135).

Assim sendo, as instituições justas estabelecem as condições necessárias para que os atos voluntários gerem obrigações justas. E, no contexto brasileiro, a CRFB/88 foi considerada a Constituição “cidadã”, demonstrando que as obrigações que geram são justas, assim como as legislações que forem elaboradas com base nela, também, serão instituições justas. Com efeito, essas instituições geram obrigações justas e levam às expectativas legítimas.

Neste prisma, o Estado brasileiro vive uma situação de instabilidade em relação aos seus ditames de justiça social e do respeito aos direitos e liberdades básicos consagrados constitucionalmente. A teoria ideal de Rawls diz que a estabilidade da cooperação política e social pode se romper, se as pessoas agirem em prol de interesses próprios ou de certos grupos, mediante o uso de estratégias, como por exemplo, da teoria dos jogos (RAWLS, 2003). Sobre a teoria dos jogos:

A teoria dos jogos, ao buscar soluções, supõe que um agente racional, dotado de um conjunto coerente de preferências, escolhe a ação que lhe dará a máxima utilidade. Mas o seu oponente, igualmente racional, faz com que as escolhas sejam estratégicas, isto é, que dependam da expectativa do que o outro vai fazer (PIMENTEL, 2007, p. 55).

Pela teoria dos jogos, os envolvidos usam estratégias para alcançar o resultado que pretendem, de modo a provocar condutas na outra parte em prol de seus interesses, com base em critérios utilitaristas, sem preocupação com a cooperação. O dilema do prisioneiro¹⁶⁷ é um

¹⁶⁷“Ele foi formulado por Albert W. Tucker em 1950, em um seminário para psicólogos na Universidade de

exemplo da teoria dos jogos, em que existe um conflito de interesses e uma dificuldade em obter cooperação. Rawls (2016) considera que, por ele, pode-se observar que a falta de cooperação social não melhora a situações de todos e que pensar apenas em seus próprios interesses, em hipóteses de conflitos, pode acarretar prejuízos não somente para a sociedade toda, como para si próprio.

Agir assim, com ausência de comprometimento social é um dos fatores para a instabilidade de uma sociedade democrática pautada numa concepção de justiça, como o Brasil, por exemplo. Denota-se, no caso brasileiro, como visto pelos dados estatísticos, que os detentores do poder político (já que foi analisado que não há liberdade políticas iguais no Brasil) parecem não aceitar a ordem política como legítima e, assim, não a acatam com boa vontade.

Essas ideias convergem com o pensamento de Rawls (2003, p. 176), que assevera que as pessoas mais propícias a estarem descontentes são os mais favorecidos que, “portanto, têm maior tendência a violar os termos da cooperação social, ou a exigir renegociações, pois quanto mais puderem deslocar a distribuição de renda e riqueza para o seguimento do conflito, maior será seu benefício”. E continua o filósofo: “pelo fato de ocuparem com mais frequência posições de autoridade e de poder político, ficam mais tentados a violar qualquer princípio de justiça” (RAWLS, 2003, p. 179).

Em relação ao princípio distributivo, deixa-se de analisar no contexto brasileiro, seja por que não se vê normas visando a aplicação do princípio da diferença – já que sequer há impostos, por exemplo, para grandes fortunas – seja pelo fato de somente ser aplicado (ante a ordem lexical dos princípios) quando satisfeitas as liberdades iguais, as quais não são asseguradas aos brasileiros.

Neste sentido, a proteção constitucional a esses valores morais nomeados direitos e liberdades básicos ou direitos humanos, na forma de direitos fundamentais¹⁶⁸, corresponde à verdadeira proteção ao ser humano. Os direitos fundamentais assumem caráter realmente instrumental na concretização da justiça social.

Pelo pensamento de Rawls, uma Constituição que corresponda a uma concepção razoável de justiça deve ser normativa no sentido do Estado ser estruturado, dentro do possível,

Stanford, para ilustrar a dificuldade de se analisar certos tipos de jogos. A situação é a seguinte: dois ladrões, Al e Bob, são capturados e acusados de um mesmo crime. Presos em selas separadas e sem poderem se comunicar entre si, o delegado de plantão faz seguinte proposta: cada um pode escolher entre confessar ou negar o crime. Se nenhum deles confessar, ambos serão submetidos a uma pena de 1 ano. Se os dois confessarem, então ambos terão pena de 5 anos. Mas se um confessar e o outro negar, então o que confessou será libertado e o outro será condenado a 10 anos de prisão”. (SARTINI, 2004, p. 6-7). Nesse contexto, pensar no benefício próprio conduz ao pior resultado para os dois.

¹⁶⁸ Como explicado ao final da subseção 2.1.

em uma justiça procedimental, de acordo com princípios de justiça convencionados. Se a estrutura básica da sociedade é o objeto da justiça, então a liberdade igual serve como referencial para se constituir um Estado de Direito. Nesse sentido, dentro de um núcleo rígido de direitos, aqueles tendentes à proteção das liberdades dos indivíduos ocupam uma posição mais privilegiada na organização do Estado (LIZIERO, 2014).

Neste diapasão, duas questões de fundo surgem na sociedade brasileira. A primeira, que não são ofertados bens primários básicos aos cidadãos. E a segunda, que os princípios de justiça convencionados na CRFB/88 deveriam ser aplicados diretamente às transações isoladas e livres entre indivíduos e associações dentro da estrutura básica brasileira, contudo, não são observados. Assim, a violação dos direitos e liberdades básicos resultam em grave fracasso ao ideal de justiça social e distributiva, por uma ou pelas duas questões de fundo elencadas (falta de bens primários e falta de aplicação e/ou respeito dos princípios no contexto social de fundo da estrutura básica brasileira).

Pelo fato das liberdades básicas protegerem e garantirem o campo de ação necessário para o exercício das duas faculdades morais, somente por elas, efetivamente, os indivíduos podem ser considerados livres e iguais na estrutura básica, de forma a serem capazes de perseguirem seus planos de vida. Neste sentido, há necessidade de atuação por parte do Estado brasileiro, nos termos da teoria rawlsiana, para garantia dessas duas faculdades morais.

Nestes termos, é esse contexto social de fundo que determina as instituições necessárias para a sociedade, de modo que seja garantida a justiça de base equitativa. Os direitos e liberdades básicos, como já analisados, são previstos como ideais de justiça na CRFB/88, mas não são efetivamente garantidos aos cidadãos brasileiros.

Neste ponto, é importante a existência de instituições especiais, no intuito de ser preservada a justiça de base. Nos dizeres de Rawls (2011, p. 317): “Necessitamos de instituições especiais para preservar a justiça de base e de uma concepção de justiça para definir como essas instituições devem se estruturar”.

Ora, no Brasil, a concepção de justiça social já existe, consta na CRFB/88, e determina que devam ser garantidos aos cidadãos brasileiros os direitos e liberdades fundamentais, e que tais devem regular seus negócios e contratos individuais. Portanto, o pano de fundo social deve ser regulado pelo respeito desses direitos humanos básicos para que haja a justiça de fundo.

Neste sentido, normas (instituições) de direito do trabalho, compondo o sistema legal, tornam-se especiais dentro do contexto brasileiro e devem regular as relações trabalhistas, não no sentido de impor excessivas restrições, mas de forma a gerar diretrizes práticas e públicas. Assim, essas normas estabelecerão uma base institucional para as expectativas das pessoas em

relação ao modo de agir das outras, dentro das relações laborais, de modo que nenhuma das partes possa ser coagida a fazer um certo tipo de acordo, mas sim seja um indivíduo (no caso em análise, trabalhador) que tenha opção de se tornar independente, seja frente a um outro indivíduo, a uma associação ou ao próprio Estado (RAWLS, 2011).

Sobre a necessidade de normas para manter o equilíbrio das negociações entre empregados e empregadores, Rawls discorre:

Desse modo, se os acordos salariais são justos, isto dependerá, por exemplo, da natureza do mercado de trabalho: é preciso impedir um poder excessivo de mercado e promover uma distribuição equitativa de poder de negociação entre empregados e empregadores. Além disso, a equidade depende de condições sociais fundamentais, como a garantia de oportunidades equitativas, que se estendem retroativamente no tempo e vão muito além de um ponto de vista limitado (RAWLS, 2011, p. 316).

Portanto, compreende que é necessária a intervenção do Estado, por meio de suas instituições, para que seja garantida a distribuição equitativa do poder de negociação entre empregados e empregadores e, assim, impedir a sujeição de uma parte ao poder econômico e social da outra, evitando-se que a desigualdade social se converta em falta de liberdade social. Com efeito, é importante o controle de acúmulo de renda e riqueza nas mãos de poucos.

Rawls (2011) considera que a regulamentação não impede as pessoas a perseguirem seus fins, apenas existe para que sejam respeitados os direitos humanos básicos, pois do contrário, a justiça social não será satisfeita, pois as desigualdades só são aceitáveis quando compatíveis com a liberdade igual e com a igualdade equitativa de oportunidades e desde que melhorem as condições de todos¹⁶⁹.

Neste aspecto, Rawls (2003) não considera o direito de propriedade dos meios de produção um direito básico, mas apenas o direito de ter e fazer uso exclusivo de propriedade pessoal. A propriedade pessoal é capaz de proporcionar uma base material suficiente para a independência da pessoa e para o sentimento de autorrespeito, necessários para o desenvolvimento das duas faculdades morais. Trata-se de um direito geral que todos os cidadãos têm em virtude de seus interesses fundamentais. Por conseguinte, não considera o direito de propriedade privada, em sentido mais amplo, como direitos básicos e elementos constitucionais essenciais, pois não são necessários para o exercício das duas faculdades morais:

Duas concepções mais amplas de direito de propriedade não são consideradas básicas: (I) o direito de propriedade privada de recursos naturais e dos meios de produção em termos gerais, incluindo direitos de aquisição e de transmissão por herança;

¹⁶⁹ Esse último aspecto decorre do princípio da diferença, mas que não será analisado em pormenores no contexto brasileiro, pois entende-se que o primeiro princípio não é satisfeito e nem o da igualdade equitativa de oportunidades na realidade brasileira, razão pela qual o princípio da diferença nem poderia ser aplicado.

(II) o direito de propriedade concebido como incluindo o direito igual de participar do controle de meios de produção e dos recursos naturais, cuja posse deve ser social e não privada (RAWLS, 2003, p. 161).

Tais argumentos, enaltecem mais ainda a necessidade da existência do direito do trabalho como parte das instituições no contexto social de fundo brasileiro. Ademais, Rawls não é avesso a um certo tipo de paternalismo limitado, desde que para garantir os direitos e liberdades básicos (FREEMAN, 2007).

Contudo, como os bens primários dentro da estrutura básica da sociedade mantêm relação fundamental com as capacidades¹⁷⁰ das pessoas, pondera-se, pelas ideias apresentadas, que uma negociação equilibrada entre o poder econômico e o cidadão brasileiro (empregador/empresa x trabalhador) somente poderia ser possível quando essas partes encontram-se em situações de liberdades iguais, mediante a garantia de bens primários a todos os cidadãos brasileiros, num grau mínimo pelo menos, para que possam exercer as duas faculdades morais citadas por Rawls, as quais efetivamente podem lhes proporcionar uma cidadania basal igual e, assim, uma negociação sem interferência estatal. Conforme Sen (2000), os cidadãos necessitam de condições materiais para que possam colocar em prática suas capacidades e concretizar seus objetivos.

Na concepção de Coase (2007)¹⁷¹, por exemplo, as partes conhecerem seus direitos é imprescindível para uma negociação equilibrada, sendo que a ausência de educação básica¹⁷² e, ainda, a presença de taxa de analfabetismo no contexto brasileiro impedem um livre acordo com trabalhadores, mas contribui para a sujeição ou coerção implícita.

¹⁷⁰Conforme Sen e aceito por Rawls também, para o exercício da liberdade, são necessários funcionamentos e capacidades. Os funcionamentos (*functionings*) estão ligados àquilo que a pessoa considera importante ter, ser ou desfrutar. É um conceito relacionado às atividades ou estados de existência importantes para a pessoa levar o tipo de vida que ela valoriza. As capacidades (*capabilities*) corresponde a capacidade de uma pessoa realizar suas próprias escolhas, a partir do conjunto de funcionalidades de que dispõe (SEN, 2000 apud REYMÃO; PINHEIRO, 2018).

¹⁷¹Coase (2017), em sua obra, demonstra que o mercado não surge de modo voluntário e nem é produto das relações privadas, mas decorre da vontade humana institucionalizada, extraíndo essas conclusões pela existência das firmas. Para ele não existem mercados perfeitos e perfeita competição, mas apenas quando as transações estão fortemente regulamentadas. Como exemplo, cita o mercado das bolsas de valores, que estabelecem os meios para a resolução das controvérsias e impõem as sanções para os que infringem as regras minuciosamente elaboradas, mesmo antes de qualquer interferência do governo. Considera que as regulamentações são necessárias, não com intuito de restringir a concorrência ou gerar monopólio, mas com a finalidade dos envolvidos terem ciência dos custos e poderem reduzi-los em uma transação, fomentando os negócios.

¹⁷²Este estudo se limitou aos dados estatísticos como apresentados, sem levar em consideração a qualidade do ensino para aqueles em que foi ofertado, por ultrapassar os objetivos da pesquisa, mas questiona-se se ausência de qualidade também não afetaria na livre escolha. Ademais, pelos dados do PNAD de 2019 a gestão do ensino, por meio da forma como os professores são remunerados e reconhecidos, demonstra que, quando ofertado, a qualidade deixa a desejar.

Além disso, as limitações decorrentes da carência de bens primários, sem prestações positivas do Estado, contribuem para a conformação da realidade social e, de forma reflexa, impede os indivíduos de perseguirem seus ideais de vida. Neste sentido, argumentos trazidos por Sandel:

A primeira objeção sustenta que o livre mercado, para aqueles que têm poucas alternativas, não é tão livre assim. Consideremos um caso extremo: um indivíduo sem teto, que dorme sob uma ponte, pode ter, de alguma forma, optado por isso; entretanto não podemos concluir que ele prefira dormir embaixo de uma ponte a dormir em um apartamento. Para que possamos saber se essa situação resulta de uma preferência por dormir na rua ou na impossibilidade de ter um lar, precisamos conhecer suas circunstâncias. Estaria ele agindo livremente ou por necessidade?

Podemos fazer a mesma pergunta para às escolhas do mercado em geral – incluindo as escolhas que as pessoas fazem quando assumem vários empregos. Como isso se aplica ao serviço militar? Não podemos determinar a justiça ou injustiça do exército voluntário sem que tenhamos uma noção mais profunda sobre as condições básicas que prevalecem na sociedade. Existem oportunidades relativamente iguais para todos ou algumas pessoas têm muito poucas opções na vida? Todos têm a oportunidade de frequentar uma universidade ou, para alguns, a única opção seria o alistamento militar?

Tomando por base o raciocínio do mercado, o exército voluntário é atraente porque evita a coerção do alistamento obrigatório, fazendo com que o serviço militar resulte do consentimento.

[...]

A situação econômica e escolar dos atuais voluntários do exército comprova a lógica dessa objeção, até certo ponto. Jovens de regiões de baixa renda e média renda (renda familiar média de 30.850 até 57.836 dólares) representam a maioria das fileiras ativas do exército. (SANDEL, 2017, p. 106-107)

Por essa transcrição, não há livre mercado quando o cidadão possui poucas alternativas de ocupação e, assim, em muitas ocasiões tem que se sujeitar ao que lhe é ofertado, ainda que desfavorável. Ademais, tal situação vai de encontro com o pleno emprego e trabalho decente incentivado pelo direito internacional. De outra banda, pela teoria rawlsiana, situações dessa natureza violam as liberdades básicas e exigem atuação estatal, conforme foi analisado na subseção 2.2, quando discorrido sobre o pensamento libertariano de Robert Nozick.

Neste diapasão, a livre iniciativa expressa como princípio fundamental no art. 1º, IV, da CRFB/88, visa apenas concretizar a própria Constituição, como nas regras do art. 5º, incisos II, VI, IX e do art. 206, I¹⁷³ da CRFB/88. Neste sentido, os ensinamentos de Miranda acrescentam:

[...] importante realçar que a livre iniciativa totaliza o empenho do constituinte, no seu exercício pela busca de uma coerente organização social e econômica, própria à consolidação de uma esfera de liberdade de atuação no mercado para que os indivíduos possam atuar na busca de seus interesses e, com isso, promover o desenvolvimento, de maneira equânime, equilibrada e sem menosprezo ao suposto da dignidade humana (MIRANDA, 2016, p. 284).

¹⁷³ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

Como corolário, no âmbito constitucional brasileiro, liberdade econômica não deve ser entendida como princípio fundamental, pois os princípios de justiça têm prioridade sobre qualquer aspecto econômico, nos moldes da teoria rawlsiana, do texto constitucional e do direito internacional, avaliado na seção 3, sendo que o Brasil é signatário da maioria das convenções relacionados aos direitos humanos dos trabalhadores.

Dworkin (2014) possui entendimento semelhante. Este teórico estabelece uma diferença entre autonomia privada e/ou liberdade econômica e as liberdades fundamentais¹⁷⁴ e esclarece que existem duas dimensões da liberdade, a positiva e a negativa, sendo que o conceito de liberdade é de cunho interpretativo e não conceitual. Para tanto, ao invés de se analisar se a interferência da lei ou da Constituição destrói ou não a liberdade, busca-se discutir sob o ângulo de como seria o melhor governo, e considera como resposta aquele que respeita o princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente em seu segundo princípio (autenticidade) e, mais precisamente, respeita a independência ética¹⁷⁵.

Para este filósofo, quando o Estado trata as pessoas com igual consideração, significa que ele as respeita e, dessa maneira, é legítima a restrição constitucional que busca respeitar o princípio da dignidade¹⁷⁶, tratando a liberdade como um valor, representado pela responsabilidade pessoal.

Conforme Dworkin (2014), liberdade negativa não se confunde com a autonomia total. A liberdade negativa é uma porção da autonomia que não pode ser restringida por uma comunidade política, por violação da dignidade. Assim, o teórico entende que se for considerar a liberdade negativa como a autonomia plena, a própria democracia conflita com esta liberdade¹⁷⁷.

Por esta assertiva, para Dworkin, quando o Governo impõe uma regulamentação na economia, age com motivações morais e não éticas e, portanto, não está ferindo ou constringendo um direito fundamental (explicado no item 3.1, as diferenças entre moral e ética para este teórico). Portanto, em matéria política, a moral define “as oportunidades e recursos que as pessoas têm o direito de ter e, assim, no estabelecimento de seus direitos de liberdade”

¹⁷⁴Entendidas as liberdades fundamentais como as que derivam ou tem por fundamento a dignidade da pessoa humana. Já para Rawls, pode-se dizer aquelas que proporcionam o pleno desenvolvimento e exercício das duas faculdades morais de senso de justiça e concepção de bem.

¹⁷⁵Conforme explanação constante no item 3.1.

¹⁷⁶Conforme explanação constante no item 3.1.

¹⁷⁷Entende Dworkin (2014, p. 567) que no âmbito coletivo, a democracia e a decisão por meio da maioria não viola a independência ética (um dos princípios da dignidade da pessoa humana), desde que o ambiente democrático seja criado sob a égide da independência ética, ou seja, que as decisões da maioria sejam dotadas de autonomia para fazer suas próprias escolhas e não pela imposição arbitrária das decisões de uma maioria política.

(DWORKIN, 2014, p. 568).

Neste contexto, mediante uma construção filosófica e interpretativa, a autonomia da vontade (privada) não se confunde com a liberdade, entendida esta como direito fundamental, porque a restrição imposta pela Constituição, visando garantir a igualdade substantiva, mediante a garantia de liberdades positivas, não viola a independência ética, tendo em vista que não nega às pessoas o poder de tomar suas próprias decisões acerca de questões éticas fundamentais¹⁷⁸ (DWORKIN, 2014). Com efeito, se não viola a dignidade da pessoa humana, fundamento dos direitos fundamentais, a autonomia privada (livre iniciativa econômica) não é um direito fundamental.

Assim, Dworkin entende ser necessária a interferência do governo na política econômica, no sentido da igual consideração por parte do Estado se compatibilizar com a responsabilidade pessoal dos cidadãos. E assim discorre sobre o *laissez-faire* (mão invisível):

Na realidade, tudo o que o governo de uma grande comunidade política faz ou deixa de fazer afeta os recursos de cada um dos seus cidadãos e o sucesso por eles alcançado. É claro que seus recursos e seu sucesso dependem de muitas outras variáveis. [...] Mas os efeitos dessas variáveis pessoais sob os recursos e oportunidades reais de cada cidadão dependerão, também, em todos os casos, das variantes políticas: das leis e dos programas de ação política adotados pelas comunidades em que ele vive ou trabalha. [...]

Por isso, não podemos fugir ao desafio da igual consideração afirmando que os recursos dos indivíduos dependem de suas escolhas, e não das escolhas do governo. Dependem de ambos. O acordo público que está sob o controle da comunidade, determina as oportunidades e consequências das escolhas para cada indivíduo em cada um dos domínios da sua vida – educação, formação, emprego, investimento, produção e lazer – e para cada um dos componentes de sorte ou azar com que ele por acaso se depara. É um subterfúgio canhestro dizer que uma política de *laissez-faire*, que se resume a um conjunto de leis, não é um ato do governo. (DWORKIN, 2014, p. 540-541)

Neste sentido, pelo texto constitucional brasileiro, não constitui a livre iniciativa ou a liberdade econômica um direito fundamental. Além disso, diante da necessidade de serem garantidos ou efetivados direitos humanos básicos, a intervenção estatal, por meio de regulamentações (instituições), é sempre necessária, tendo-se por base tanto a teoria rawlsiana como também, pela doutrina de Dworkin, ora exposta. Ademais, a liberdade econômica não deve ser entendida como princípio fundamental, pois os princípios de justiça têm prioridade sobre qualquer aspecto econômico dentro da estrutura básica (RAWLS, 2016).

Neste diapasão, se o papel das instituições é firmar e preservar a justiça de base, tem-se que, diante das condições econômicas e sociais dos trabalhadores brasileiros, devem existir

¹⁷⁸Dworkin considera que questões éticas se referem às escolhas sobre religião, compromissos pessoais íntimos e aos ideais éticos, morais e políticos (2014, p. 564).

regulamentações trabalhistas (Direito do Trabalho), e o Poder Judiciário Trabalhista, juntamente com essas normas, faz parte das instituições integrantes da estrutura básica brasileira, sendo que, em relação ao Judiciário Trabalhista, o seu dever é de decidir com base em valores políticos da razão pública.

Neste sentido, a intervenção do Poder Judiciário Trabalhista, na proteção dos direitos dos trabalhadores, é de suma importância, conforme teoria de Rawls e não afronta a garantia democrática do Estado de Direito, quando sua atuação converge com a finalidade do Estado, que é justamente a promoção desse núcleo rígido de direitos. À inteligência disso, a liberdade do cidadão (no sentido de liberdades básicas que levam às duas faculdades morais e correspondem aos direitos humanos básicos de uma sociedade liberal) não pode ser limitada nem mesmo pela democracia que legitima o Estado.

Além disso, as decisões judiciais contribuem com força moral significativa na cultura pública da sociedade. Em seus escritos:

Essa inserção se dá de várias maneiras: incorporando à constituição os direitos e liberdades básicos que limitam a legislação, e fazendo com que o judiciário interprete a força constitucional dessas liberdades em primeira instância. Ou seja, embora as decisões dos tribunais sejam vinculatórias no presente caso, e mereçam o devido respeito dos outros poderes do governo a título de precedentes, nem por isso são vinculatórias enquanto regras políticas gerais. Podem ser legitimamente questionadas no fórum público de princípios por cidadãos e partidos políticos (RAWLS, 2003, p. 209).

Esta percepção pode ser sentida pelo julgamento do caso *Fazenda Brasil Verde vs Brasil*, pela Corte IDH, apreciada na subseção 3.1, em que a decisão contribuiu para uma nova concepção dos direitos humanos trabalhistas na sociedade brasileira, no que concerne a uma visão contemporânea de trabalho escravo.

Desse modo, o Poder Judiciário Trabalhista foi organizado, estruturado e mantido pelo ordenamento jurídico brasileiro em perfeita consonância com os ditames constitucionais, sendo sua existência e presença de suma importância para o respeito e concretização das normas (instituições) trabalhistas do país, principalmente os direitos trabalhistas considerados humanos e fundamentais. E, neste aspecto, torna-se o Poder Judiciário Trabalhista a melhor opção dentre os demais meios alternativos que existem no sistema jurídico brasileiro para a resolução dos conflitos trabalhistas, notadamente quando relacionados à justiça de base.

Nos termos da teoria ideal de Rawls, pelo Estado de Direito, deve haver uma administração regular e imparcial da lei como forma de garantia da própria liberdade que, por meio da jurisdição privada, restaria comprometido. Assim, Rawls (2016, p. 296) dispõe: “o

vínculo entre o império da lei e a liberdade é bem claro. A liberdade, como já afirmei, é um complexo de direitos e deveres definidos por instituições”.

Pela concepção de justiça equitativa, os poderes coercitivos do Estado são necessários até mesmo para a estabilidade da cooperação social. Rawls (2016) ainda afirma que mesmo em condições razoavelmente ideais, é difícil imaginar, por exemplo, um sistema voluntário de imposto de renda que funcione bem. O mesmo raciocínio pode ser empregado no que diz respeito ao cumprimento dos direitos humanos básicos trabalhistas no Brasil, diante das estatísticas analisadas linhas atrás, relacionadas às condições econômicas e sociais do povo brasileiro. Cabe transcrever trecho da obra de Rawls em que expõe esse pensamento:

Ao impor um sistema público de penalidades, o Estado afasta os motivos para se supor que os outros não estão cumprindo as leis. Só por este motivo, presume-se que um poder soberano coercitivo será sempre necessário mesmo quando em uma sociedade bem-ordenada as sanções não sejam severas e talvez nunca precisem ser impostas (RAWLS, 2016, p. 297-298)

Ademais, insta salientar que os bens primários básicos da estrutura básica, isto é, os mesmos direitos, liberdades e oportunidades fundamentais, e os meios polivalentes, tais como renda e riqueza, não são estabelecidos com base em um direito natural, mas sim, de acordo com o contexto social do homem, e que legitima o poder do Estado. Portanto, a liberdade no sistema jurídico brasileiro não é um direito natural, é um direito humano criado artificialmente para se assegurar as prioridades que os homens entendem em uma sociedade justa. Essa escolha racional já justifica e legitima o poder do Estado e as expectativas dos cidadãos, tornam-se legítimas.

Assim, é apropriado ao Judiciário impor um mínimo social adequado no caso de o poder legislativo não fornecer medidas para satisfazer as necessidades básicas ou de serem violados por particulares, nas transações ocorridas dentro da estrutura básica. Um mínimo social que vai muito além do que é necessário para atender às necessidades humanas básicas - é um requisito da justiça basal (FREEMAN, 2007). Caso contrário, as liberdades serão meramente formais e de pouco valor para os mais pobres. Portanto, Rawls invoca o Poder do Judiciário para ordenar a provisão e aplicação de um mínimo social (FREEMAN, 2007).

Nesta esteira, compete ao Poder Judiciário Trabalhista concretizar direitos fundamentais, seja frente aos demais poderes do Estado, seja em relação a particulares, quando firmam contratos sem a garantia dos direitos e liberdades equitativas ou sonegam direitos e liberdades básicos dos trabalhadores brasileiros.

Nos termos da concepção ideal de justiça rawlsiana e diante do cenário jurídico e das circunstâncias socioeconômicas que compõem a estrutura básica brasileira (contexto social de fundo), o Poder Judiciário Trabalhista, na forma como já se apresenta organizado e estruturado no Brasil – moderno, célere e eficiente (CNJ, 2019) – é uma instituição que se mostra importante e necessária como parte das instituições da estrutura básica brasileira, ante o seu poder coercitivo e o dever de julgar com base na razão pública, além do dever de seguir o rito público, como garantia da própria liberdade dos cidadãos, pois poderá concretizar direitos fundamentais e contribuir para a realização da justiça social.

Nestes termos, a Justiça do Trabalho brasileira, mostra-se mais adequada, para a resolução das controvérsias trabalhistas que a arbitragem (jurisdição privada), a mediação extrajudicial ou qualquer outra forma de resolução de conflitos trabalhistas examinadas na subseção 3.4, não somente pelas razões do parágrafo anterior, mas também, porque a autonomia da vontade de grande parte dos cidadãos e trabalhadores estão restringidas pela ausência de bens primários. Além disso, acrescenta-se, também, que os assuntos relacionados à justiça de base e à elementos constitucionais essenciais, como ausência de bens primários básicos com restrição aos direitos e liberdades fundamentais, devam ser julgados e/ou acordados pelo Poder Judiciário Trabalhista, conforme teoria rawlsiana

Outrossim, é importante mencionar que os gastos de manutenção do Estado e, assim, de um Poder Judiciário Trabalhista autônomo e independente, ou seja, os aspectos econômicos, não podem prevalecer sobre a justiça social, nos termos da teoria ideal de Rawls e muito menos na teoria não ideal e no mundo real, notadamente quando se observa uma grande litigiosidade no campo das relações laborais no Brasil - em que a maioria das matérias apreciadas tratam sobre a sonegação de direitos trabalhistas básicos, como por exemplo, ausência de pagamento de salários –, como também, pelas lamentáveis condições sociais e econômicas de grande parte dos trabalhadores brasileiros¹⁷⁹ (CNJ, 2019). Nesse mister, configura retrocesso social a extinção do Poder Judiciário Trabalhista, como órgão autônomo, tendo em vista que seus julgados são mais céleres que os demais ramos do Judiciário brasileiro, como também pelas próprias matérias que lhe são submetidas, contribuindo para a efetivação de direitos trabalhistas básicos (CNJ, 2019).

Assim, torna-se necessário o poder coercitivo trabalhista para garantir obediência aos ditames da justiça, como também, para os direitos e liberdades fundamentais na estrutura básica

¹⁷⁹ Pelos dados estatísticos do Justiça em Números, do CNJ, a maioria dos trabalhadores acionam a Justiça na qualidade de desempregados; pedem justiça gratuita, por não possuírem condições de arcar com os gastos do processo; e, pleiteiam direitos trabalhistas básicos.

prevalecerem sobre questões financeiras e econômicas, caso conflitem. Os trechos abaixo sintetizam esse entendimento:

Na verdade, admitida uma interpretação razoável da sociabilidade humana (oferecida pela análise de como o senso de justiça é adquirido pela ideia de união social), parece que a justiça como equidade é uma concepção suficientemente estável. Os riscos de um dilema do prisioneiro generalizado são eliminados pela combinação do justo com o bem. Naturalmente, em condições normais, o conhecimento e a confiança públicos são sempre imperfeitos. Portanto, até mesmo numa sociedade justa, **é razoável admitir certos arranjos coercitivos para garantir obediência [...]** (RAWLS, 2016, p. 711-712, grifos nossos).

[...]

Assim, respeitar as pessoas é reconhecer que possuem uma inviolabilidade fundamentada na justiça **que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode sobrepujar**. Significa afirmar que **a perda de liberdade por alguns não se torna correta em virtude do maior bem-estar desfrutado por outros** (RAWLS, 2016, p. 723, grifos nossos).

Ademais, o respeito pelos direitos e liberdades básicos defendidos pela teoria rawlsiana é compatível com o ideal internacional de justiça, no qual há a defesa de um parâmetro internacional mínimo, relativo à proteção dos direitos humanos, que os Estados devem observar, analisado na subseção 3.1. Nesta mesma diretriz, apontam-se as lições de Dworkin, de que as pessoas devem ser tratadas com igual consideração e respeito e que questões econômicas não podem prevalecer frente aos direitos humanos, conforme analisado no item 3.1. Sobre o assunto, discorre o teórico:

A justiça que imaginamos parte de uma proposição que parece inatacável: a de que o governo deve tratar as pessoas sujeitas ao seu domínio com igual consideração e respeito. Essa justiça não põe em risco nossa liberdade; ela a expande. Não faz uma troca entre liberdade e igualdade, nem o contrário. Não agride a livre-iniciativa para sustentar gente ociosa. Não favorece um governo que interfira na economia nem um governo que não interfira: favorece somente um governo justo. A dignidade é a sua origem e a sua meta. Ela torna mais fácil para cada um de nós a tarefa de viver bem uma boa vida. Lembremo-nos, além disso, que o que está em jogo vai além da nossa morte. Sem a dignidade nossa vida não passa de lampejos de duração. Se, porém, conseguirmos viver bem uma boa vida, nós criamos algo mais. Escrevemos um adendo à nossa mortalidade. Nossa vida se torna um pequeno diamante em meio às areias cósmicas (DWORKIN, 2014, p. 645-646).

Segundo Dworkin, a justiça de um governo e, no caso, do Estado brasileiro, não pode pôr em risco os direitos humanos, devendo a dignidade da pessoa humana, no sentido de igual consideração e respeito ser sua origem e sua meta e, dessa forma, a economia não pode prevalecer em detrimento aos direitos humanos básicos, por violação da dignidade humana.

Em conformidade com tudo que foi analisado, o Poder Judiciário Trabalhista, por ser uma instituição da estrutura básica brasileira, assume um papel primordial para a conscientização e concretização dos direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores, de

modo que a sua permanência nesta condição é uma exigência da justiça social, nos termos da teoria da justiça como equidade de John Rawls.

CONCLUSÃO

Depreende-se, pela pesquisa, que o equilíbrio social, de modo que sejam garantidos direitos básicos a todos, é uma tarefa muito difícil, mas não impossível, sendo almejado como ideal de justiça social, notadamente, em Estados Democráticos de Direito.

Pela primeira parte da dissertação, constata-se que, com base nesta busca de justiça social, John Rawls, filósofo político americano, desenvolveu, no século XX, uma teoria política de justiça, de base contratualista, que denominou de justiça como equidade, visando uma solução para a questão das desigualdades e para grande parte dos conflitos sociais.

Para tanto, Rawls dividiu sua teoria em uma parte ideal e outra não ideal. Na parte ideal, de base normativista, concentrou-se em demonstrar sua concepção de justiça em circunstâncias favoráveis, em que todos concordam e a aceitam como perfeitamente justa e com obediência estrita. A teoria ideal define as metas que orientam a enfrentar as injustiças que são encontradas no campo da teoria não ideal. Desse modo, Rawls sintetiza que sua teoria ideal de justiça deve ser utilizada como uma ferramenta para identificar as mudanças que precisam ser realizadas na vida real, mediante critérios por vezes intuitivos, mas definido e delimitado pelo ideal de justiça.

Neste diapasão, sua teoria é mais que uma concepção de justiça, mas sim, um ideal social, uma vez estar interligada à concepção de sociedade. Com efeito, buscou desenvolver uma teoria para uma sociedade democrática constitucional, que por sua natureza e objetivos deve corresponder a um sistema equitativo de cooperação social que se perpetua de uma geração a outra, e assim, bem-ordenada, ante a concordância e aceitação de todos pelo ideal de justiça.

Desta forma, diferentemente dos filósofos e teóricos antecessores, Rawls partiu do construído para o desenvolvimento da teoria ideal, baseando-se em uma sociedade política e não na conduta dos indivíduos. Portanto, a teoria ideal não é direcionada para regular diretamente as convicções de valor moral das pessoas, no sentido de determinar o que é certo ou errado em relação as suas escolhas pessoais de como viver. Neste sentido, Rawls defende que os indivíduos devam ter seus próprios juízos sobre a forma e planos de vida. Esses aspectos já tornam a teoria rawlsiana bastante atraente e consegue conviver com as teorias tradicionais de justiça.

Ante a sua base moral, concedeu *status* político à teoria e considerou as pessoas não na qualidade de seres humanos, mas como cidadãos. Pretendeu, assim, que a concepção de justiça, a que denomina de princípios da justiça, seja aplicada na estrutura básica de uma sociedade democrática constitucional, com objetivo que suas instituições sociais sejam reguladas por

esses princípios, assim como todas as críticas e reformas posteriores, que se busque realizar nas instituições, também observem esses princípios de justiça. Esta observância é decorrente da ideia da razão pública que organiza toda a estrutura básica.

Por este motivo, sua teoria é capaz de se harmonizar com as doutrinas abrangentes que existem e permite que os indivíduos sigam suas próprias convicções morais e planos de vida, com a capacidade de conviver com o fato do pluralismo, natural nas sociedades democráticas, exatamente por ser direcionada à estrutura básica da sociedade.

A estrutura básica é considerada o objeto principal da justiça porque a forma como é moldada interfere nas metas, aspirações e no caráter dos cidadãos, bem como sobre a suas oportunidades e capacidade de tirar proveito delas. Decorre assim, a importância de ser moldada de forma justa, uma vez que é nela que se desenvolve o contexto social de fundo dentro do qual as atividades de associações e indivíduos ocorrem. Assim, os princípios da justiça terão o papel de atribuir direitos e deveres e de definir uma divisão apropriada das vantagens sociais dentro da estrutura básica.

Por conseguinte, a estrutura básica é concebida por um sistema fechado, isolado das outras sociedades, tendo em vista que a justiça como equidade trata da justiça doméstica e não da justiça entre sociedades, a que Rawls denomina de justiça dos povos.

Assim, o teórico utilizou o construtivismo político para demonstrar a estrutura e o conteúdo de sua concepção política ideal de justiça, para lhe dar objetividade. Pelo construtivismo, criou uma situação hipotética, que constitui um artifício de sua teoria, que denominou de posição original, para demonstrar que os princípios da justiça são obtidos por meio de acordo entre pessoas morais livres e iguais, portanto, em evidente situação equitativa, na condição de representantes dos cidadãos, motivo pelo qual é denominada de justiça como equidade.

Os pontos importantes da posição original, que permitem às partes chegarem em um consenso sobreposto sobre os princípios da justiça que devem ser aplicados à estrutura básica de uma sociedade democrática bem-ordenada, são: as partes representam os cidadãos, a estrutura básica e a sociedade bem-ordenada; também, as partes são livres e com igualdade absoluta, são dotadas das faculdades morais de senso de justiça e de concepção do bem; por fim, possuem ideia da teoria fraca do bem, são racionais, estão sob o véu da ignorância e sob a concepção de razão pública.

Desse modo, na posição original, as partes – morais, livres e com igualdade absoluta, dotadas de racionalidade e sob o véu da ignorância (razoáveis) – escolhem, de forma unânime, os dois princípios da justiça. Pela racionalidade sabem que em geral devem proteger suas

liberdades, ampliar suas oportunidades e os meios de promover seus objetivos, quaisquer que sejam. Com a orientação da teoria fraca do bem e pelos fatos gerais da psicologia moral, a deliberação não é uma adivinhação, mas racional no sentido comum. Por conseguinte, o véu da ignorância e o desinteresse mútuo ajudam a simplificação e a clareza da moralidade e, portanto, o agir com racionalidade. O acordo hipotético evidencia a natureza contratual da teoria, de modo a expressar que os princípios foram obtidos por pessoas racionais e mutualmente desinteressadas.

Rawls conseguiu afastar a metafísica de sua teoria ao demonstrar que a organização e a deliberação das partes, para a escolha dos princípios da justiça, decorrem de um método heurístico, cujas opções são apresentadas por meio de uma lista, por meio da regra *maximin*. Por esta regra, identifica-se o pior resultado de cada alternativa possível e a escolha é feita pela alternativa cujo pior resultado é o melhor de que os piores resultados de todas as outras alternativas. Portanto, as partes agem com racionalidade na eleição dos princípios, comparando as possíveis concepções de justiça, para que uma sociedade que contemple um sistema equitativo de cooperação social seja bem-ordenada, contenha cidadãos livres e iguais e admita o pluralismo razoável. Para tanto, as partes analisam fatos históricos gerais relacionados à cultura política, à cultura democrática, às circunstâncias da justiça e que se vinculam ao senso comum da vida cotidiana. Ademais, a posição original constitui o procedimento de representação, servindo de modelo para saber se funciona e o que se precisa para a sociedade democrática pretendida.

Ao atribuir uma concepção política às pessoas na posição original, assim como pelas circunstâncias analisadas pelo método heurístico, Rawls conseguiu afastar as críticas que lhe foram direcionadas por Hart, quais sejam, de que a escolha dos princípios da justiça corresponde à própria escolha racional de Rawls e das pessoas que compartilham das mesmas convicções liberais que as suas.

Assim, o primeiro princípio de justiça escolhido é a liberdade básica igual a todos, que tem prioridade sobre o segundo princípio, porque por meio da liberdade é possível alcançar outros direitos que se queira exigir posteriormente. O segundo princípio se divide em dois, o da igualdade equitativa de oportunidade e o da diferença, e estão relacionados com a justiça distributiva. Pelo princípio da diferença, as desigualdades econômicas e sociais são permitidas desde que haja o melhoramento também dos menos afortunados, sendo que esta situação é aceita por todos, por se tratar de uma sociedade bem ordenada, baseada na cooperação social e que contém a ideia de reciprocidade. A intenção é evitar que uma grande quantidade de riqueza e de propriedade se acumule nas mãos de poucos e seja capaz de debilitar a igualdade equitativa

de oportunidades e o valor equitativo das liberdades políticas, dentre outras igualdades.

Portanto, Rawls admite e aceita as desigualdades econômicas e sociais, mas tem uma visão igualitária. Por esta visão, por meio do princípio da diferença, pretende produzir uma igualdade em seu mais alto grau, qual seja, aquela em que os cidadãos se reconhecem e se relacionam como iguais. Além disso, esta visão igualitária ocorre quando as perspectivas de vida são consideradas com base em um mínimo social baseado numa ideia de reciprocidade, em detrimento de uma justiça distributiva (que não usa o princípio da diferença) que garante apenas as necessidades humanas para uma vida minimamente decente.

A noção de bens primários sociais está conectada com a formulação dos dois princípios de justiça escolhidos. Por meio deles são feitas as avaliações e comparações interpessoais para análise da justiça social, por constituírem meios para a realização do plano de vida das pessoas. Rawls enumerou os bens primários sociais em categorias amplas que correspondem a direitos, liberdade e oportunidade, renda e riqueza, bem como o autorrespeito. Além disso, considerou a educação como bem primário de primordial importância para a conscientização do ideal de justiça social da forma como defende.

Sendo assim, pelo sistema de cooperação social que concede às pessoas um grau mínimo que lhes permite ser membros cooperativos da sociedade ao longo da vida, assim como a concessão de bens primários capazes de garantir uma existência digna e, em face do princípio da diferença, que garante a contribuição do que se tornou mais afortunado, no sentido de beneficiar a todos, Rawls entende que as desigualdades que ocorrerem não serão injustas, pois não impedem das pessoas seguirem seus planos de vida, refutando as objeções de Amartya Sen, neste aspecto.

À medida que os princípios de justiça são aplicados nas instituições da estrutura básica da sociedade, devem ser seguidos por todos dentro dessa estrutura básica. Essa observância conduz as pessoas a agirem com respeito por si mesmas e em relação aos outros, em face do respeito que têm pelas instituições, que estão em conformidade com os princípios da justiça escolhidos. Por conseguinte, as instituições da estrutura básica possuem uma importância enorme, pois sua justiça de fundo deve garantir que os princípios sejam não apenas formalmente garantidos, mas materialmente, sem deixar de considerar que os princípios da justiça estão relacionados aos próprios bens primários e que estes coincidem com os direitos humanos básicos de uma sociedade democrática.

Evidencia-se, dessa forma, a primazia do justo sobre o bem e, assim, que os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas e nem ao cálculo de interesses

sociais. Por conseguinte, na sociedade justa (regida pelos princípios da justiça) as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis.

Em consequência, em uma sociedade democrática liberal, são os direitos humanos liberais básicos que garantem ter uma vida boa e digna, já que conferem capacidade às pessoas perseguirem seus planos de vida, os quais podem ir além desses direitos humanos básicos. Para Rawls, a justiça social se satisfaz na estrutura básica da sociedade, sendo que as desigualdades serão permitidas, desde que haja o favorecimento dos menos beneficiados à luz do princípio da diferença.

Diante do exposto, a primeira seção da pesquisa conduz ao entendimento de que a teoria ideal rawlsiana é, realmente, plausível, uma vez que, pelo método heurístico, Rawls conseguiu demonstrar que a deliberação das partes na escolha dos princípios da justiça é racional e dissociada da metafísica, tendo em vista que se baseou em ideias intuitivas do que é necessário para uma sociedade democrática constitucional ser justa. Com efeito, por meio da análise dos fatos históricos e gerais relacionados à cultura política, democrática e às circunstâncias da justiça, vinculadas ao senso comum da vida cotidiana, os direitos e liberdades fundamentais, assim como a igualdade equitativa de oportunidade, como também, o princípio da diferença, revelaram-se as melhores escolhas.

Ademais, a seleção e prioridade das liberdades básicas é justificada por protegerem interesses fundamentais de particular relevância, já que é capaz de proporcionar um complemento adequado aos bens primários necessários para serem exercidas e desfrutadas. Além disso, contribui para que os interesses fundamentais de todos sejam satisfeitos e para que haja a estabilidade das razões.

A teoria da justiça como equidade mostra-se, também, ser uma concepção exequível, por ser realista e aceitável para as instituições democráticas, eis que não pretende chegar em um acordo político sobre qual é a melhor doutrina abrangente, preservando o pluralismo razoável como condição permanente de uma cultura democrática, decorrente da própria delimitação da sua aplicação na estrutura básica. Além disso, a forma como os princípios da justiça que compõem o conteúdo da concepção de justiça rawlsiana são escolhidos demonstram a autonomia das partes, como morais, livres e iguais e correspondem à integridade do pensamento democrático constitucional e não visam à manutenção do *status quo*, mas sim, uma sociedade justa e mais igualitária, não no sentido de assegurar uma igualdade socioeconômica em si mesma, mas sim, de garantir uma liberdade efetiva, esta sim, capaz de fomentar a justiça social.

Portanto, a justiça social buscada por sua teoria corresponde em maximizar o valor para os menos favorecidos do sistema de liberdade igual compartilhados por todos. Por meio dessa garantia se pode usufruir dos demais bens primários, sendo que somente é possível maximizar o valor das liberdades, por meio da aplicação dos dois princípios da justiça na estrutura básica sociedade. Neste sentido, satisfeita a concepção de justiça rawlsiana em uma sociedade, tem-se a realização do princípio da justiça social, pois uma vez garantidos os direitos humanos básicos e democráticos em igualdade de condições na estrutura básica, resolve-se a questão das desigualdades sociais, vista no sentido rawlsiano.

A segunda seção da pesquisa focalizou na estrutura básica e suas instituições, incluindo o Poder Judiciário. A estrutura básica equivale ao contexto social de fundo, de como os cidadãos interagem entre si e com o Estado. Rawls definiu instituição como um sistema público de normas e que faz parte da estrutura básica. Por meio das instituições são reguladas as relações sociais que ocorrem dentro dessa estrutura basal, mas que, indiretamente, pode interferir na vida particular das pessoas, razão por que promove importância significativa às instituições, no sentido de serem justas, aceitas e respeitadas por todos, para que haja justiça de base e para que os indivíduos possam seguir seus planos de vida e terem uma vida boa, conforme suas próprias escolhas e convicções morais. Neste sentido, considera a justiça a principal virtude das instituições. Como consequência, os princípios da justiça são aplicados nas instituições.

Na realidade, o direito e o sistema jurídico constituem as instituições da teoria rawlsiana, ante seu enaltecimento da justiça formal e do império da lei. Ele elaborou uma típica teoria constitucional e defendeu uma democracia constitucional dualista, ou seja, o filósofo distingue o poder constituinte do poder ordinário, bem como a lei mais alta do povo da lei ordinária aprovada por instituições legislativas. Com efeito, rejeita a supremacia parlamentar, mas admite a existência dos três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário, típicos de sociedades democráticas. No mais, considera a existência de um Poder Judiciário Constitucional – tribunal supremo, como forma de proteger a lei mais alta, por meio de decisões pautadas na razão pública, afastando legislações que estejam em desacordo com o texto constitucional.

Contudo, para o funcionamento justo das instituições, Rawls fez uma divisão nas instituições da estrutura básica para a aplicação dos dois princípios de justiça. A primeira, corresponde aos elementos constitucionais essenciais, que são instituídos no texto constitucional e se referem a questões consideradas fundamentais para a estrutura básica - direitos e liberdades fundamentais e cidadania iguais e, também, sobre a estrutura geral do Estado e do processo político -, como garantia do primeiro princípio da justiça, e nisso se inclui o Poder Judiciário; a segunda parte, aplica o segundo princípio da justiça e ocorre na fase

legislativa, tratando das demais questões da estrutura básica.

Por esta divisão bipartida, a estrutura básica pretendeu conciliar liberdade e igualdade. Dessa forma, o primeiro princípio da justiça - liberdades básicas e todas as questões fundamentais para sua garantia -, assume caráter de aceitação universal e não pode ser justificado e nem compensado por maiores vantagens sociais e econômicas. Ademais, demonstra a prioridade do justo sobre o bem, assim como do texto constitucional sobre o legislativo. Esta divisão permite garantir os direitos e liberdades fundamentais, além de possibilitar a verificação se estão sendo satisfeitos pela sociedade. Portanto, sustenta a expectativa legítima de direitos individuais fundamentais, principalmente da cidadania igual.

Esta arquitetura institucional, ao estabelecer o segundo princípio da justiça na fase legislativa, demonstra que o princípio da diferença não equivale a regra *maximin*, e também não poderia ser incluído na fase constitucional, por depender dos arranjos sociais ocorridos na sociedade, competindo às instituições de fundo as medidas necessárias, por isso é aplicado na fase legislativa. Demonstra, também, que a regulamentação de questões econômicas e sociais é necessária, exatamente para equilibrar as desigualdades e evitar a concentração excessiva de renda em mãos de poucos, mediante o princípio da diferença.

Portanto, Rawls é adepto da ideia da interferência do Estado na economia, como forma de restaurar a justiça e evitar possíveis distorções. Isto somente se torna possível pela estrutura básica bipartida. Apesar dessa possibilidade, Rawls preserva duas instituições que são preponderantes nas sociedades democráticas contemporâneas: o mercado competitivo e a propriedade privada. Contudo, como forma de evitar a concentração de renda ou acúmulo de riquezas, capaz de gerar uma desigualdade injusta e ocasionar a dominação política, admite a intervenção nessas instituições, conforme a necessidade.

Neste aspecto, enxerga a visão libertariana como uma ideia depreciada do liberalismo, pois além de não atribuir nenhum papel à estrutura básica, o ideal de justiça desta doutrina consiste em regular a aquisição e transferência de propriedade, sem se preocupar com uma estrutura basal equitativa da sociedade, ao contrário da justiça por equidade, que entende que somente assim os indivíduos e as associações ficam livres para perseguirem seus fins, sem estarem sujeitos a restrições excessivas. Neste diapasão, Rawls refuta a teoria da titularidade de Nozick, pois considera que a distribuição desta forma sofre influência de contingências naturais e sociais e, portanto, são arbitrárias e não justas, sendo que, somente pela aplicação do princípio da diferença é possível haver justiça, respondendo assim, às críticas libertarianas.

O judiciário, com sua atividade jurisdicional, é uma das instituições consideradas intocáveis pela teoria ideal, eis que estabelecida na primeira parte da divisão institucional, não

somente por deter o poder coercitivo, mas por seu dever de decidir, com base na razão pública e de satisfazer a justiça formal e substantiva, pois os juízes devem decidir com base na razão pública. À vista disso, o Poder Judiciário é uma instituição garantidora dos princípios da justiça.

Efetivamente, o foco nas instituições e não na conduta dos indivíduos, além da forma bipartida de aplicação dos princípios de justiça na estrutura basal da sociedade foi uma estratégia não conformadora da realidade, mas sim justificadora da razão pública, e por meio da qual simplifica divergências sobre doutrinas abrangentes razoáveis e contribui para a cooperação social, pois possibilita a previsibilidade e a expectativa legítima de direitos. Dessa forma, todas as reivindicações, que surgem no interior da estrutura básica, são baseadas nessas leis legítimas (instituições) e, portanto, não podem passar por cima dos princípios da justiça, da liberdade e das oportunidades que elas garantem.

Assim, Rawls compreende que mesmo em uma sociedade bem-ordenada, que é uma sociedade idealizada, há necessidade deste desenho institucional, o que impende entender que na teoria não ideal, é mais que necessário um ideal estrutural. Por conseguinte, a arquitetura institucional independe da ocorrência de injustiça, pois mesmo quando há o cumprimento estrito das normas razoáveis e praticáveis, sempre haverá necessidade de ajustes dentro da estrutura básica, para que as desigualdades que sempre existirão não se tornem demasiadas e injustas.

As conclusões extraídas pela segunda parte da pesquisa é que o foco da teoria rawlsiana na estrutura básica, assim como a arquitetura institucional básica bipartida, é uma exigência do ideal de justiça social. Somente por meio dessas instituições na estrutura básica - conjunto de normas públicas, as quais contém em seu interior os princípios da justiça, aplicados de forma bipartida - é possível que haja a realização da teoria ideal rawlsiana e, assim, o ideal de justiça social. Isso ocorre porque é capaz de universalizar o sistema de direitos e liberdades fundamentais, delimitando os termos da razão pública, que simplifica as divergências e contribui para a cooperação social e, assim, para a justiça social. Neste contexto, o Judiciário com sua atividade jurisdicional faz parte do aparato institucional da concepção política de justiça como equidade desenvolvida por Rawls, eis que somente o Estado, notadamente por meio do Poder Judiciário, teria o condão de aplicar sanções mais fortes, objetivos também do arcabouço institucional básico de Rawls.

Pela terceira seção da pesquisa, observa-se que o direito internacional incentiva o direito ao trabalho decente, assim como o acesso à Justiça por todos, como medidas necessárias para o desenvolvimento sustentável. Nesta seara, um órgão jurisdicional imparcial configura uma

instituição necessária para o respeito e concretização do trabalho decente e, dessa forma, dos direitos trabalhistas reconhecidos e para a justiça social.

A justiça buscada no âmbito internacional prioriza interesses humanos fundados na dignidade da pessoa humana, prevalecendo sobre a utilidade e sobre a eficiência, uma vez que, quando satisfeita, acarreta benefícios à coletividade. Neste ponto, o direito internacional reconhece os direitos humanos do trabalhador, que engloba o conceito de trabalho decente (digno). Nesta toada, há uma conscientização mundial da necessidade de garantia desses direitos trabalhistas, objetivando-se que os Estados implementem políticas econômicas e sociais para que efetivamente seja assegurado o trabalho decente aos trabalhadores de suas jurisdições, como forma de alavancar o desenvolvimento e o progresso social, com o alcance da justiça social, essencial para garantir uma paz universal e permanente.

No âmbito brasileiro, o sistema jurídico brasileiro instituiu um Estado Democrático Constitucional e, nos mesmos moldes do direito internacional, atribui valor especial ao trabalho e o vincula à existência humana digna, ao crescimento e desenvolvimento econômico, portanto, ao trabalho decente e à justiça social. Além disso, o sistema jurídico constitucional brasileiro confere ao Judiciário Trabalhista, como órgão autônomo do Poder Judiciário brasileiro, a competência de solucionar os conflitos trabalhistas para que esta ordem seja preservada, enaltecendo o papel do Estado e de toda a sociedade brasileira pelo ideal de justiça social.

Ainda na análise do cenário jurídico brasileiro, constata-se que o Poder Judiciário Trabalhista é organizado, estruturado e mantido pelo ordenamento jurídico brasileiro em perfeita consonância com os ditames constitucionais, tendo sido considerado o ramo do Judiciário mais eficiente do país. A criação de uma Justiça do Trabalho no Brasil derivou da existência da sonegação de muitos direitos trabalhistas no país, à época, ante a origem escravocrata do Brasil, como também, diante da necessidade de que as controvérsias trabalhistas fossem decididas e cumpridas por meio do poder coercitivo do Estado.

Ao lado do Poder Judiciário Trabalhista, para resolução dos conflitos laborais, existe a arbitragem, apontada pela doutrina como uma das opções de alternativa à jurisdição estatal, pois considerada uma verdadeira jurisdição privada. Pela confrontação da jurisdição estatal, representada pelo Poder Judiciário Trabalhista, com a jurisdição privada, por meio arbitragem, notou-se: ausência de poder coercitivo dos árbitros no cumprimento de suas decisões; que a arbitragem não se obriga na garantia plena do Estado de Direito; que os árbitros não possuem critérios substantivos para verificação da existência da autonomia da vontade dos trabalhadores envolvidos na arbitragem; que a convenção da arbitragem não está vinculada aos ditames da justiça social.

Nesta toada, pela terceira seção da dissertação, constata-se que o sistema jurídico brasileiro almeja o ideal de justiça social, do mesmo modo pretendido pelos principais organismos internacionais, como ONU, OIT e OEA, dos quais o Brasil é membro e signatário dos principais pactos. Evidencia-se também, a importância atribuída ao Estado, tanto pelo sistema jurídico brasileiro, como também, pelo direito internacional, no que concerne à concretização do trabalho decente e sua vinculação à justiça social, como se pode observar pela decisão emblemática do caso da Fazenda Brasil Verde vs Brasil, pela Corte IDH. Portanto, há uma real sincronização do sistema jurídico brasileiro com o direito internacional, em relação ao incentivo do trabalho decente, na busca da justiça social e pelo papel do Estado e de toda a sociedade neste desiderato.

Ultrapassado o cenário jurídico, brasileiro e internacional, sobre os fins pretendidos ao mundo do trabalho e sobre o papel do Estado, inclusive do Poder Judiciário e de toda a sociedade na concretização desses fins, bem como depois de examinada a estrutura e criação do Poder Judiciário Trabalhista no Brasil, a última parte da pesquisa buscou analisar se é possível a aplicação da teoria ideal de Rawls no contexto brasileiro, bem como se o Poder Judiciário Trabalhista constitui uma instituição integrante e necessária para resolução de conflitos trabalhistas no Brasil, com fins de dar o embasamento final para responder ao problema de pesquisa.

Em primeiro, infere-se que a teoria ideal rawlsiana para a justiça doméstica pode ser aplicada como guia à realidade brasileira, principalmente diante do fato de o Estado brasileiro estar harmonizado com os objetivos e princípios internacionais, o que facilita a aplicação da teoria ideal na sociedade pátria, ante a ausência de conflitos jurídicos paralelos com o direito internacional.

Pontua-se, também, que qualquer que seja a concepção de justiça adotada em uma sociedade, devem ser definidos os princípios estruturais necessários e indicado o caminho geral a ser seguido, pelos governantes e pela população, de modo que possa ser preservada uma justiça de base e que cada indivíduo possa seguir seus planos de vida livremente. Ou seja, sempre deve haver uma teoria ideal para uma estrutura básica ideal, servindo de arremate para uma sociedade real.

Assim, a concepção de justiça do Estado brasileiro, considerando o seu sistema jurídico e a teoria constitucional dualista, retirada da própria CRFB/88, uma vez ser sua lei suprema, converge e tem sintonia com a concepção de justiça ideal rawlsiana. Este fato é notado diante dos fundamentos do Brasil - notadamente a dignidade da pessoa humana - conduzirem ao respeito pelos direitos humanos básicos liberais considerados por Rawls, como também, em

razão dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional direcionarem à garantia das liberdades básicas iguais. Além disso, diante dos objetivos fundamentais do Brasil e dos fins da ordem econômica brasileira, baseados nos ditames da justiça social, constata-se o mesmo pensamento de Rawls, no tocante ao ideal igualitário e de uma justiça distributiva.

Nesta toada, o Brasil tem uma concepção de justiça social equiparável à rawlsiana, no sentido de almejar liberdades básicas iguais e a redução das desigualdades, além de ser uma democracia constitucional, sendo que os elementos constitucionais essenciais estão devidamente especificados na Carta Constitucional brasileira, portanto, com atributos universais. Quanto ao princípio da diferença, notou-se que o regime econômico do Brasil, não o aplica, pois, desde a promulgação da CRFB/88, não houve um direcionamento das instituições para que efetivamente fossem equacionados os níveis de desigualdades econômicas e sociais vivenciadas no país.

Desse modo, a pesquisa não precisou adequar o sistema jurídico brasileiro já estruturado à concepção de justiça rawlsiana, mas apenas avaliou sua observância, diante da realidade brasileira e analisou se o Poder Judiciário Trabalhista, da forma como instituído e organizado no país, constitui uma instituição integrante e necessária para concretização da concepção de justiça social, nos moldes da visão rawlsiana, qual seja, limitada à estrutura básica.

Como já concluído acima, o Poder Judiciário é uma instituição da teoria ideal rawlsiana e faz parte dos elementos constitucionais essenciais. Da mesma forma, na ordem brasileira, o Poder Judiciário é uma instituição integrante e considerada, portanto, essencial ao Estado de Direito, diante do poder coercitivo e pelo caráter instrumental na concretização da justiça formal.

No tocante ao Judiciário Trabalhista, ramo autônomo do Poder Judiciário no Brasil, não foi previsto na teoria ideal rawlsiana, mas, na sociedade brasileira, foi incluído também, no texto constitucional. Esse *status* constitucional foi mantido pela atual Constituição em vigor (CRFB/88). Esta Carta Política de 1988 foi considerada, pela doutrina brasileira, como a Constituição cidadã, ante a forma democrática em que foi elaborada e promulgada. Neste sentido, resta que o Poder Judiciário Trabalhista, autônomo e independente, e pertencente ao Poder Judiciário brasileiro, constitui uma instituição integrante da estrutura básica brasileira. Contudo, quanto em ser uma instituição necessária e/ou importante para a resolução dos conflitos trabalhistas, exigiu que a presente pesquisa analisasse a estrutura básica brasileira atual, ou seja, o contexto social de fundo dentro do qual as atividades dos particulares e das associações se desenvolvem entre si e perante o Estado brasileiro, tendo em vista que é este contexto que determina quais ajustes precisam ser feitos para que haja, e também seja

preservada, a justiça de base e, assim, quais instituições são importantes e necessárias para a justiça social.

Outrossim, foi elucidado que há justiça social quando preenchidos os pré-requisitos de uma vida digna, no sentido de vida boa, a todos os seres humanos, conforme suas próprias convicções. Com efeito, a satisfação da justiça social reside nos seres humanos terem acesso aos bens primários básicos, correspondente aos direitos humanos básicos que, em uma sociedade democrática liberal, são as liberdades, os poderes e as proteções necessárias para o pleno desenvolvimento e exercício adequado das capacidades morais de senso de justiça e concepção de bem. Dessa forma, são imprescindíveis recursos materiais para a concretização desses direitos, por serem indivisíveis e interdependentes, além de universais, de modo a permitir que cada pessoa possa seguir seus planos de vida para ter a vida boa que considera.

Os dados estatísticos sobre educação, emprego, renda e acesso à internet apresentados e considerados pela pesquisa, demonstraram que não são ofertados a todos os brasileiros os bens primários básicos para uma sociedade efetivamente democrática e liberal, para que as liberdades básicas sejam exercidas e desfrutadas. Constatou-se uma quantidade excessiva de desempregados e pessoas com baixa renda e instabilidade no Brasil, além de uma gritante desigualdade social e econômica. Notou-se também, que o acesso à educação com mais qualidade é condicionado à renda e à riqueza dos cidadãos brasileiros. Desse modo, os *status* das pessoas são obtidos, via de regra, com base nas contingências.

Por conseguinte, negado o pleno emprego aos brasileiros, faltam as condições materiais que permitam com que a grande maioria dos trabalhadores possam dispor livremente sobre as suas condições de trabalho, já que o salário ainda figura como de natureza estritamente alimentar para a maioria dos trabalhadores brasileiros, levando à hipossuficiência, como também à vulnerabilidade, eis que o mínimo social de Rawls não é alcançado, muito menos o mínimo existencial decente de bens defendido pelo utilitarismo. Tais fatos demonstraram a inexistência de uma justiça de fundo equitativa no Brasil, ainda que a CRFB/88 tenha moldado para que fosse garantida.

Neste diapasão, se a pessoa é privada das liberdades básicas, não desfruta dos direitos econômicos e sociais, assim como, sem o desfrute dos direitos econômicos e sociais, torna-se inviável o reconhecimento da liberdade e da igualdade. Em outras palavras, não há liberdade sem igualdade e nem igualdade sem liberdade.

Nos moldes da teoria ideal rawlsiana, o valor das liberdades políticas iguais é o almejado, para que a vida política e a promulgação de leis e políticas sociais não sejam controladas pelos detentores do poder econômico e das melhores posições sociais, e, por

consequente, não sejam promovidas apenas com base em interesses particulares.

Observou-se, contudo, no Brasil, que o valor equitativo das liberdades políticas básicas não são desfrutados, seja por que não são garantidos bens primários a todos para haver o equilíbrio, como também, por que, efetivamente, os cargos políticos públicos são ocupados quase sempre pelas mesmas famílias no Brasil, que passam de uma geração para outra. Denota-se assim, que os direitos políticos são resumidos apenas no sufrágio universal e eleições frequentes.

Neste contexto, duas questões de fundo foram detectadas na sociedade brasileira. A primeira, que não são ofertados bens primários básicos a todos os cidadãos. E a segunda, que os princípios de justiça convencionados na CRFB/88 deveriam ser aplicados diretamente às transações isoladas e livres entre indivíduos e associações e perante o Estado, dentro da estrutura básica brasileira, porém não são observados. Assim, a violação dos direitos e liberdades básicos resultam em grave fracasso ao ideal de justiça social e distributiva, por uma ou pelas duas questões de fundo elencadas (falta de bens primários e falta de aplicação - respeito - dos princípios no contexto social de fundo da estrutura básica brasileira).

Desse modo, observou-se uma instabilidade em relação aos ideais de justiça social e do respeito aos direitos e liberdades básicos consagrados constitucionalmente no Brasil. A pesquisa não objetivou detectar as razões, mas as ideias intuitivas analisadas no trabalho apontam ausências de comprometimento, de senso de justiça, de reciprocidade e da cooperação social pelos brasileiros, sendo que a falta de acesso à educação de qualidade, de primordial importância para a conscientização do ideal de justiça social, pode ser apontada como uma das causas.

Aliado a isto, ainda existe a possibilidade da condição de miserabilidade, gerada pela carência de vários bens primários, ocasionar o distanciamento ou exclusão dessas pessoas miseráveis da vida política. Com isso, ficam impossibilitadas de afirmar os princípios da justiça, tanto em seus pensamentos, como em suas condutas ao longo de toda a vida. Acrescenta-se também, conforme entendimento rawlsiano, a tendência dos mais favorecidos em renda e riqueza violarem os termos da cooperação social, em prol de mais benefícios. Assim, intuitivamente, o contexto social de fundo brasileiro vive um dilema do prisioneiro generalizado.

Neste sentido, a estrutura básica brasileira precisa de instituições especiais no intuito de efetivarem a justiça de base, sendo que nem se pode cogitar em preservar algo que não foi concretizado (papel do segundo princípio da justiça rawlsiana). Nesse contexto, no campo das relações trabalhistas, normas (instituições) de direito do trabalho, compondo o sistema legal,

tornam-se especiais na regulação das relações trabalhistas, não no sentido de impor excessivas restrições, mas como forma de equilibrar a hipossuficiência e vulnerabilidade dos trabalhadores. Ademais, Rawls admite uma certa dose de paternalismo, desde que para garantir os direitos e liberdades básicos, pois as limitações decorrentes da carência de bens primários, sem prestações positivas do Estado, contribuem para a conformação da realidade social e, de forma reflexa, impedem os indivíduos de perseguirem seus ideais de vida (liberdade).

Neste compasso, é importante lembrar que a mão de obra no Brasil foi oficialmente escrava até 1888, e isso deixou marcas na sociedade, como a tendência pelo desrespeito dos direitos humanos trabalhistas, assim como a ocorrência de trabalhos análogos à escravidão (trabalho escravo contemporâneo) e infantil, além de discriminações de gênero e salários indignos, inclusive a existência de discriminação estrutural histórica no país que, inclusive, foi reconhecida pela Corte IDH no julgamento do caso da Fazenda Brasil Verde *versus* Brasil.

Ademais, pelo estudo da teoria ideal de Rawls, percebe-se que o direito de propriedade privada dos meios de produção não constitui um direito básico, pois não influencia nas faculdades morais garantidoras das liberdades básicas. Portanto, no âmbito da estrutura básica brasileira, a liberdade econômica não deve ser entendida como princípio fundamental, pois os princípios de justiça têm prioridade sobre qualquer aspecto econômico, nos moldes da teoria rawlsiana, corroborada pelo texto constitucional brasileiro e pelo direito internacional. Este mesmo entendimento é compartilhado por Dworkin, que estabeleceu diferença entre a liberdade econômica e as liberdades fundamentais, tendo em vista que o Estado deve tratar as pessoas com igual respeito e consideração. Para este filósofo, uma regulamentação na economia tem motivações morais e não éticas e, portanto, não está ferindo ou constringendo um direito fundamental, por não violar a dignidade humana.

De outra banda, levando-se em consideração que os direitos fundamentais são elementos constitucionais essenciais - dotados de caráter universal na estrutura básica brasileira -, são irrevogáveis e não estão sujeitos a negociações políticas e nem podem ser violados por questões econômicas. Assim, assumem caráter realmente instrumental na concretização da justiça social. Com efeito, pela previsibilidade e expectativas legítimas que acarretam, ao Judiciário cabe a apreciação dessas matérias, eis que relacionadas à justiça de base e elementos constitucionais essenciais.

Por conseguinte, no âmbito trabalhista, ainda que a jurisdição privada (arbitragem) esteja institucionalizada no Brasil, assuntos relacionados à justiça de base e elementos constitucionais essenciais, como ausência de bens primários básicos e restrição aos direitos e liberdades fundamentais, devem ser julgados pelo Poder Judiciário Trabalhista, ante o seu poder

coercitivo e o dever de julgar com base na razão pública, além do dever de seguir o rito público, como garantia da própria liberdade do cidadão. Ademais, na jurisdição privada, ante as condições socioeconômicas de grande parte dos trabalhadores brasileiros, estariam mais sujeitos às restrições impostas pelo poder econômico e sem o exercício pleno da autonomia da vontade. Insere-se ainda, que as decisões arbitrais não estão obrigadas a considerar o ideal da justiça social, muito menos da razão pública, aliada a falta de garantia da imparcialidade.

Convém registrar, também, que na arbitragem a ausência de poder coercitivo tem o risco de acarretar a situação vivenciada no Brasil antes da criação da Justiça do Trabalho, em que os trabalhadores ficavam à espera da boa vontade dos patrões pelo cumprimento das decisões, pois os órgãos administrativos que julgavam as causas trabalhistas não tinham poder jurisdicional, tendo sido o motivo de instalação do Judiciário Trabalhista no Brasil. Até mesmo libertários, como Nozick, reconhecem a importância do poder coercitivo, pois a defesa de um Estado mínimo decorre dessa necessidade.

Ademais, a força coativa contribui para a estabilidade do sistema, o que importa reconhecer o papel repressivo, como também preventivo e educativo de uma decisão judicial trabalhista. Neste sentido, não se terá um simples *modus vivendi*, pois as instituições da estrutura têm o papel de motivar o cumprimento dos princípios da justiça. Além disso, esta é a razão da arquitetura bipartida das instituições da estrutura básica, pois o primeiro princípio (liberdades básicas iguais) é aplicado diretamente nas transações dos indivíduos/associações/Estado e objetivam definir o pano de fundo social; e o segundo princípio (igualdade equitativa de oportunidade e diferença), é empregado nas instituições e, indiretamente, nas transações, para manter a justiça de base. Contudo, na estrutura básica brasileira não se observou a satisfação de nenhum e nem outro, mas considerando-se a ordem prioritária do primeiro princípio, o Judiciário e seus julgamentos trabalhistas tem por papel definir o pano de fundo. Nesta esteira de raciocínio, os julgamentos trabalhistas têm o condão de repercutir positivamente para a defesa dos direitos humanos trabalhistas e no combate à sua violação, conduzindo ao *compliance* trabalhista e demonstrando que o poder jurisdicional forte e independente contribui para este mister.

Portanto, o Judiciário Trabalhista e o julgamento de conflitos trabalhistas são instituições que se mostram necessárias e importantes como parte das instituições da estrutura básica brasileira, diante do contexto social de fundo brasileiro. No mais, é importante que a Justiça Especializada Trabalhista seja autônoma e independente, da forma como já se apresenta estruturada no sistema, pois já vem demonstrando ser moderna, eficiente e célere, conforme pesquisas apontadas pelo CNJ, sendo que os aspectos econômicos decorrentes dos gastos do

Estado para sua manutenção não podem prevalecer sobre o ideal de justiça social na estrutura básica brasileira, uma vez o Judiciário Trabalhista ter esse papel, diferentemente da jurisdição privada e outras formas alternativas de resolução de conflitos trabalhistas.

Em corolário, diante do contexto social de fundo da estrutura básica do Brasil, do sistema jurídico brasileiro e de sua harmonia com o direito internacional e com a teoria rawlsiana – e diante da forma como o Poder Judiciário Trabalhista está estruturado e organizado, da teoria rawlsiana ser plausível, exequível e realista, assim como ser equiparável à concepção de justiça e aos ideias de justiça social do sistema jurídico brasileiro – está confirmada a hipótese formulada ao problema de pesquisa.

Neste sentido, a pesquisa conclui que o Poder Judiciário Trabalhista faz parte das instituições integrantes da estrutura básica brasileira e, diante da realidade jurídica, econômica e social do contexto social de fundo brasileiro, é necessária e importante sua permanência, como ramo autônomo do Poder Judiciário e, portanto, constitui uma exigência da justiça social para a realidade brasileira, nos moldes da teoria da justiça como equidade de John Rawls.

Assim entendido, o Judiciário Trabalhista colabora para que o princípio da dignidade humana, que fundamenta a República Federativa do Brasil, seja satisfeito para muitos trabalhadores brasileiros, mediante a efetiva entrega de bens primários sociais necessários para a realização da justiça social.

Por fim, pretende-se que a presente pesquisa e os resultados obtidos possam contribuir para o debate político, entre os cidadãos brasileiros, considerados como corpo político coletivo, acerca do papel e da importância do Poder Judiciário Trabalhista no Brasil, com a consideração de que a teoria rawlsiana trouxe clareza, e que por meio do fortalecimento das instituições da estrutura básica é possível a concretização do trabalho decente e da justiça social.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**: tradução, textos adicionais e notas Edson Bini – São Paulo: EDIPRO (Série Clássicos Edipro), 2014.

BATISTA, Cristiano; COSTA, Fabrício; FREITAS, Sérgio. *O equívoco do movimento "escola sem partido" num contexto constitucional de educação democrática, inclusiva e emancipatória*. In. COSTA, Fabrício; MOTTA, Ivan; FREITAS, Sérgio. **Proposições crítico-reflexivas sobre o direito à educação na sociedade contemporânea** (Coleção caminhos metodológicos do direito) – 1. ed. E-book – Maringá: IDDM, 2017. p. 198-225. ISBN: 978-85-66789-56-0. Disponível em: http://www.uit.br/mestrado/images/publicacoes/E_BOOK_Coletanea_Proposicoes_critico_reflexivas_sobre_o_direito_18.pdf. Acesso em: 14 abr. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 7. ed. São Paulo, 1997.

BRASIL. **Alterações da Consolidação das Leis do Trabalho**. Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. **Código Civil brasileiro**. Decreto 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Resolução 125, de 29 novembro de 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. **Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT)**. Ato nº 419, de 11 de novembro de 2013. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/34480/2013_ato0419_csjt.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. **Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT)**. Resolução nº 174, de 30 de setembro de 2016. Disponível em: http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=235e3400-9476-47a0-8bbb-bccacf94fab4&groupId=955023. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. **Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT)**. Resolução nº 96, de 30 de setembro de 2016. Disponível em: http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=a2d3ac96-f440-48ab-a302-55dba86e6014&groupId=955023. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 24**, de 9 de dezembro de 1999. Extingue a representação classista na Justiça do Trabalho. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc24.htm. Acesso em: 21 jun. 2020.

_____. Decreto-Lei 5.542, de 1 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. Decreto 591, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional de Direitos Econômicos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. **Ratifica a CADH – Pacto de São José da Costa Rica**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm Acesso em: 17 abr. 2020.

_____. Decreto 592, de 6 de dezembro de 1992. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. Decreto Legislativo 89, de 1998. **Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/decretolegislativo-89-3-dezembro-1998-369634-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 17 abr. 2020.

_____. Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 17 abr. 2020.

_____. Decreto 4.463, de 8 de novembro de 2002. **Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2002/decreto-4463-8-novembro-2002-485986-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 17 abr. 2020

_____. Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Convenção de Viena**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. **Lei Orgânica da Magistratura**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp35.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. Lei 7.783, de 28 de junho de 1980. **Lei do Direito de Greve**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.HTM. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. Lei 3.353, de 13 de maio de 1888. **Lei Áurea**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Lei da Arbitragem**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Lei de diretrizes e bases da educação nacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. Lei 10.101, de 19 de dezembro de 2000. **Lei sobre Participação nos Lucros**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10101.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. **Lei para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. **Justiça em Números 2019**/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019.

_____. Presidência da República. **Discurso do Presidente da República**, Michel Temer, durante cerimônia de sanção da Lei de Modernização Trabalhista - Palácio do Planalto. Disponível em: <https://goo.gl/WeXm6N>. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 111.230/DF, 2ª Seção, rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, em 3 de maio de 2014. **Jurisprudência do STJ sobre a arbitragem como jurisdição**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=111230&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161243, DF, Min Marco Aurélio, 2ª Turma, Brasília 07 de junho de 1996. **Jurisprudência sobre exclusão de sócio com atos contrários ao estatuto e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur119404/false>. Acesso em: 21 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 160222, RJ, Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T, Brasília, 01 de setembro de 1996. **Jurisprudência sobre revista íntima de empregado e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur68054/false>. Acesso em: 21 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 148215, RS, Min Carlos Velloso, 2ª Turma, Brasília 19 de dezembro de 1997. **Jurisprudência sobre igualdade entre trabalhador brasileiro e estrangeiro, mesmo com o estatuto da empresa dispondo o contrário e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur106108/false>. Acesso em: 21 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 114.836, MG, 2ª T, Rel. Min Maurício Correa, Brasília, 06 de março de 1998. **Jurisprudência sobre o poder normativo da Justiça do Trabalho**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=205139&pgI=1&pgF=100000>. Acesso em: 17 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 22**. Competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações de indenização decorrentes de acidente de trabalho. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1259>. Acesso em: 21 jun. 2020.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. **Súmula 36**. Entendimento sobre Trabalho forçado, degradante ou em condições análogas à escravo. Disponível em: <https://www.trt8.jus.br/jurisprudencia/sumulas>. Acesso em: 21 jun. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processos nº 178000-13.2003.5.08.0117, ARR-8600-37.2005.5.18.0251 e RR-161500-69.2008.5.08.0124. **Decisões sobre trabalho análogo à escravo**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/julgamentos-do-tst-refletem-preocupacao-com-o-combate-ao-trabalho-escravo. Acesso em: 18 abr. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 190. Poder Normativo do TST**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-190. Acesso em: 17 mar. 2020.

COMITÊ TEMÁTICO DE ARBITRAGEM DO CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS (CESA). **Anuário da arbitragem no Brasil 2017**, Coord. Eliane Carvalho e Renato Stephan Grion, dezembro, 2018. Disponível em: <http://www.cesa.org.br/media/files/CESAAnuariodaArbitragem2017.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Decisão do Caso da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 17 abr. 2020.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho Decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno**. São Paulo: LTr, 2004.

_____. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTR, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegle. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 1942.

COASE, R. H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução Heloisa Gonçalves Barbosa. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária (Coleção Paulo Bonavides), 2017.

COHEN, G. A. **Rescuing Justice and Equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Supremo em ação**, 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017.

DIAS, Jean Carlos. **Teorias contemporâneas do direito e da justiça**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

_____; PINHEIRO, Shirley da Costa. **Da igualdade à desigualdade: uma questão de escolha à luz da teoria de John Rawls**. Rev. de Teorias da Justiça, da decisão e da argumentação Jurídica. e-ISSN: 2525-9644. Goiânia, v. 5, n. 1, p. 17-38, Jan/Jun. 2019.

Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/5651>. Acesso em: 17 abr. 2020

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Justice in Robes**. Harvard University Press, Cambridge, USA, 2006.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **A raposa e o porco espinho: justiça e valor**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

FORTES, Renivaldo Oliveira. **A justiça como equidade de John Rawls e as suas implicações para a política de ações afirmativas**. Revista de Filosofia da PCRS, E-ISSN 1984-6746, v. 64, n. 3, 2019.

FRANCO, Raquel Veras; MOREIRA, Leonardo Neves. **História da Justiça do Trabalho no Brasil: o olhar do TST**. A história da Justiça do Trabalho no Brasil: multiplicidade de olhares. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, Comissão de Documentação, 2011.

FREEMAN, Samuel Richard. **The Cambridge Companion do Rawls**. Cambridge University Press: New York, 2003.

_____. **Rawls**. E-Library Taylor & Francis, 2007.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 2. ed. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

HABERMAS, Jurgen; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo políticos**. Tradución de Gerard Vilar Roca. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica – Instituto de Ciências de la Educación de la Universidade Autònoma de Barcelona (Colección Pensamiento Contemporáneo, n 45), 1998.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, V. I, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. **O Federalista**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HONORE, A. M. **Justiça Social**. McGill Law Journal, vol. 8, n. 2, 1962, p. 77-105. HeinOnline. ISBN/ISSN1920-6356.

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. Tradução de Débora Danowiski. Livro III, Parte I, Seção II. São Paulo, Editora UNESP, 2000.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua)**. Mercado de Trabalho Conjuntural, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3086/pnacm_2019_dez.pdf. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua)**. Sobre Educação, 2019. ISBN 978-85-240-4495-3. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101657_informativo.pdf. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua)**. Acesso à Internet, 2020. ISBN 978-85-240-4527-1. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101705_informativo.pdf. Acesso em: 21 jun. 2020.

_____. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua)**. Taxa de desocupação, 2020. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilio_s_continua/Trimestral/Comentarios_Sinteticos/2020_1_trimestre/pnacdc_202001_trimestre_comentarios_sinteticos_Brasil_Grandes_Regioes_e_Unidades_da_Federacao.pdf. Acesso em: 21 jun. 2020.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa – Portugal: Edições 70, 2003.

LIZIERO, L. B. DA S. **A liberdade igual no estado constitucional de direito sob a perspectiva do contratualismo de John Rawls**. Ver. Ciên. Juríd. Soc. UNIPAR, Umuarama, v. 17, n 1, p. 53-82, jan./jun., 2014.

LOIS, Cecília Caballero. **A filosofia constitucional de John Rawls e Jürgen Habermas: um debate sobre as relações entre sistemas de justiça e sistemas de direitos**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 121-142, jan. 2005. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15188/13813>. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____; MARCHIORI NETO, Daniel de Lena. **O Constitucionalismo de John Rawls: Elementos para sua configuração**. Revista da Faculdade de Direito, n. 48, p. 203-218.

Curitiba, 2008. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5232/O%20constitucionalismo%20de%20John%20Rawls%20elementos%20para%20a%20sua%20configuracao.pdf?sequence=1>. Acesso em: 03 mar. 2020.

LOPES, Bendito Sullivam. **Recurso heurístico em John Rawls: uma justificação para uma teoria política**. Outra margem revista de filosofia. ano 5, n. 8. ISSN 2358-7377, 2018. Disponível em <http://diogofranca.com.br/projetos/outramargem/ojs/index.php/outramargem/article/view/124>. Acesso em: 16 jun. 2020.

MANDLE, Jon. **Rawls's A theory of justice. An Introduction**. Cambridge university Press, New York, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511814099>. Acesso em: 03 mar. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**, vol. 3. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MENDES, Lucas. **Liberdade e bens primários: uma investigação da teoria de John Rawls a partir do liberalismo clássico**. orientador Ricardo Bins di Napoli. 122 f. Disponível em: <http://w3.ufsm.br/ppgf/wp-content/uploads/2011/10/Dissertacao-Lucas-Mendes.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2018. Dissertação de Mestrado em Filosofia – Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria, 2009.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA (ME). **Portaria 9, de 15 de janeiro de 2019**. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=16/01/2019&jornal=515&pagina=25&totalArquivos=115>. Acesso em: 03 mar. 2020.

MIRANDA, José Eduardo de. *Do livre exercício da atividade empresarial à responsabilidade social como prerrogativa ético-moral da ordem econômica: à axiologia da cooperação como pressuposto de desenvolvimento sustentável*. In MIRANDA, José Eduardo de. **Ordem econômica constitucional: compreensão e comparativo da ordem econômica na Constituição de 1988 com outros sistemas jurídicos**. Coordenação de José Eduardo de Miranda...[et al.]. Curitiba: Juruá, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MURPHY, Liam. **Institutions and the Demands of Justice**. Philosophy And Public Affairs, Princeton, v. 4, n. 27, p.251-291, out. 1998.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. **ODS 16**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods16/>. Acesso em: 06 abr. 2020.

_____. **ODS8**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods8/>. Acesso em: 06 abr. 2020.

_____. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)**. 1 UN Plaza, New York, NY 10017 USA, 2019. eISBN: 978-92-1-004502-5. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf. Acesso em: 21 jun. 2020.

NAGEL, Thomas. **John Rawls and affirmative action**. The Journal of Blacks in Higher Education, New York, n. 39, p. 82-84, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

OECD (2019) PISA 2018. **Programme for International Student Assessment**. Disponível em: http://www.oecd.org/pisa/publications/PISA2018_CN_BRA.pdf. Acesso em: 17 mar. 2020.

OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Temas de Direito e Processo do Trabalho**. Estudos Em Homenagem a Carmen Camino - Vol. II. Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Constituição da OIT**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 17 mar. 2020.

_____. **Convenção nº 29**, sobre trabalho forçado. Aprovada na 14ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1930), entrou em vigor no plano internacional em 1º.5.32. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilvia/convencoes/WCMS_235021/lang--pt/index.htm. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. **Convenção nº 87**, sobre a liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização. Aprovada na 32ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1949), entrou em vigor no plano internacional em 18.7.51. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilvia/convencoes/WCMS_235188/lang--pt/index.htm. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. **Convenção nº 98**, sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva. Aprovada na 32ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1949), entrou em vigor no plano internacional em 18.7.51. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilvia/temas/normas/WCMS_235188/lang--pt/index.htm. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. **Convenção nº 100**, sobre igualdade de remuneração. Aprovada na 34ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1951), entrou em vigor no plano

internacional em 23.5.53. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235190/lang--pt/index.htm. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. **Convenção nº 105**, sobre a abolição do trabalho forçado. Aprovada na 40ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1957), entrou em vigor no plano internacional em 17.1.59. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235195/lang--pt/index.htm. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. **Convenção nº 111**, sobre a discriminação no emprego e ocupação. Aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1958), entrou em vigor no plano internacional em 15.6.60. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. **Convenção nº 138**, sobre a idade mínima de admissão no emprego. Aprovada na 58ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1973), entrou em vigor no plano internacional em 19.6.76. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235872/lang--pt/index.htm. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. **Convenção nº 182**, sobre as piores formas de trabalho das crianças. Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Secretaria Internacional do Trabalho e reunida em 1ª de junho de 1999, em sua 87ª Reunião. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236696/lang--pt/index.htm. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. **Reunião nº 86**. Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336958.pdf. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. **Reunião nº 97**. Declaração da OIT sobre a Justiça social para uma Globalização Equitativa, 2008. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336918.pdf. Acesso em: 03 mar. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

_____. **A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro**. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo. Centro de Estudos. Janeiro/Dezembro/1999, p. 87. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm>. Acesso em: 11 ago. 2019.

PINHEIRO, Shirley; VERBICARO, Loiane. **Processo Eleitoral como Democracia em si: compreensão, críticas e desafios**. Teorias da democracia e direitos políticos. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/1cf0e5i1/165gZ39o7am1y4r8.pdf>. ISBN: 978-85-5505-758-8R. Organização CONPEDI/ UNISINOS. Coordenadores: Armando

Albuquerque de Oliveira; José Filomeno de Moraes Filho; Karen Beltrame Becker Fritz. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

PIMENTEL, E. A. **Dilema do prisioneiro: da teoria dos jogos à ética**. Belo Horizonte: Argumentum, 2007.

POGGE, T. **John Rawls: His life and theory of justice**. New York: Oxford University Press, 2007.

PRZEWORSKI, A. **Deliberação e dominação ideológica**. In: Democracia deliberativa. WERLE, D. L.; MELO, R. S. (Orgs.). São Paulo: Editora Singular, 2007. p. 277-97.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Organizado por Erin Kelly; tradução Cláudia Berliner. Revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O liberalismo político**. Tradução Álvaro de Vita. Ed. ampl. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Uma teoria da justiça**. Tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. 4. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins Fontes, 2016.

_____. **O direito dos Povos**. tradução Luíz Carlos Borges. – 2. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2019.

REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; PINHEIRO, Shirley da Costa. **Reforma trabalhista, desigualdade e desenvolvimento**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 3, p. 81-104, set./dez. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59213>. Acesso em: 22 dez. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v63i3.59213>.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARTINI, Brigida Alexandre et al. **Uma introdução a Teoria dos Jogos**. In: BIENAL DA SBM, 2, 2004, Salvador. Universidade Federal da Bahia, 2004. Disponível em: <https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución**. Trad. Manoel Sanchez Sarto, Madri: Tecnos, 1983.

_____. **Theori de la constitution**. Trad. De Lilyane Deroche, Paris: PUF, 1993.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Editado: George Allen. Tradução Luiz Antonio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2017.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. **Desigualdade reexaminada**. Tradução e interpretação de Doninelli Mendes. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 41. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. Tradução Getulio Schanoski Jr. São Paulo: Madras, 2009.

TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de direito e economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

VIOLA, Francesco. **Rawls e il Diritto**. Biblioteca della liberta, XLVIII, gennaio-agosto, n. 206/207, ISSN 2035-58662013. Disponível em: http://www1.unipa.it/viola/Rawls_e_%20il_diritto.pdf. Acesso em: 16 jun. 2020.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da Legislação**. Tradução Luis Carlos Borges. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros: 1999.