

Geovany Jevaux
Ricarlos Almagro

ORGANIZADORES

TEORIAS DA JUSTIÇA

na prática



VOLUME 1

Alexandre Fortuna Lopes
Américo Bedê Freire Júnior
Ana Gabriela Camatta Zanotelli
André Porto
Anselmo Luiz Bacelar Júnior
Bianca Ventrone Comarela
Bruno Gimenes Di Lascio
Carolina Sarmiento Spalenza
Charles Francisco Rozário
Daniella Gonçalves Stefanelli
Douglas Puzziol
Gabriela Galimberti de Souza Pimenta
Geovany Cardoso Jevaux
Getúlio Ramos Pimentel Júnior
Lorena Alves de Alvarenga



Justiça Federal
SJES

TEORIAS DA JUSTIÇA
NA PRÁTICA

- VOLUME 1 -

2022

T314 Teorias da justiça na prática / Geovany
Cardoso Jeveaux, Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha
(organizadores); [Autores] Alexandre Fortuna Lopes ... [et al.].
- Vitória: Seção Judiciária do Espírito Santo, 2022.
3 v; eBook

Disponível em: <<http://www.sjes.jus.br>>

ISBN: 978-85-68228-02-9

Bibliografia

1. Filosofia do Direito. 2. Justiça. I. Título. II. Jeveaux,
Geovany Cardoso. III. Cunha, Ricarlos Almagro Vitoriano.
IV. Lopes, Alexandre Fortuna.

GEOVANY CARDOSO JEVEAUX
RICARLOS ALMAGRO VITORIANO CUNHA
(organizadores)

TEORIAS DA JUSTIÇA NA PRÁTICA

- VOLUME 1 -

Alexandre Fortuna Lopes
Américo Bedê Freire Júnior
Ana Gabriela Camatta Zanotelli
André Porto
Anselmo Luiz Bacelar Júnior
Bianca Ventorim Comarela
Bruno Gimenes Di Lascio
Carolina Sarmiento Spalenza
Charles Francisco Rozário
Daniella Gonçalves Stefanelli
Douglas Puziol Giuberti
Gabriela Galimberti de Souza Pimenta
Geovany Cardoso Jevaux
Getúlio Ramos Pimentel Júnior
Lorena Alves de Alvarenga



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo - SJES

Vitória - ES
2022

FICHA TÉCNICA

Conselho Editorial	Portaria JFES 2013/00066, 26/08/2013
Organizadores	Geovany Cardoso Jevaeux Ricarlos Almagro V. Cunha
Diagramação:	Ricarlos Almagro V. Cunha
Capa:	Ricarlos Almagro V. Cunha
Endereço:	Seção Judiciária do Espírito Santo Av. Mal. Mascarenhas de Moraes, 1877 Monte Velo, Vitória, ES CEP 29053-245
Contato:	(27) 3183-5000 contato@jfes.jus.br

Tribunal Regional Federal da 2.^a Região

Desembargador Federal *Messod Azulay Neto*
Presidente

Desembargador Federal *Guilherme Calmon Nogueira da Gama*
Vice-Presidente

Desembargador Federal *Theophilo Antonio Miguel Filho*
Corregedor

Seção Judiciária do Espírito Santo

Juiz Federal *Fernando César Baptista de Mattos*
Diretor do Foro

Juiz Federal *Rogério Moreira Alves*
Vice-Diretor do Foro

APRESENTAÇÃO

No presente livro coletivo, o leitor encontrará trabalhos de conclusão de alunos da disciplina Teoria da Justiça do curso de Mestrado em Direito da UFES, bem como de juízes federais, professores e advogaos, dentre outros.

Todos os textos exploram conexões entre as teorias da justiça e a realidade, em particular entre uma das teorias da justiça (na versão do justo ou correto da ação humana ou na versão do bem ou da vida digna) e algum instituto jurídico, alguma decisão de tribunais superiores ou alguma situação concreta na qual a teoria se apresenta como um ensaio de esclarecimento ou de provocação ao debate.

Teorias da justiça não foram concebidas para resolver problemas concretos, mas para situar a ação humana ou a vida coletiva (comunidade política) como justa/correta ou como digna/boa, respectivamente. Porém, sem ligação com a realidade elas ficam estereis e tendem a cair em esquecimento, como ocorreu no longo arco de tempo entre Rawls (1921/2002) e as teorias que o antecederam (no mínimo desde David Hume – 1711/1776), avizinhandose novo hiato após a morte daquele autor. Daí a necessidade de conectar as teorias da justiça com a realidade, expondo seus limites e sua capacidade de reflexão sobre problemas que, tratados de forma usual, oferecem soluções reducionistas ou puramente dogmáticas.

Os organizadores

SUMÁRIO

Apresentação6

Uma análise sobre o passaporte de imunização na pandemia da Sars-CoV-2 à luz da moral kantiana, da racionalidade prática aristotélica e do utilitarismo

Alexandre Fortuna Lopes12

Do superego à supremocracia: uma análise do papel do Supremo Tribunal Federal na democratização do Brasil sob a ótica de Tom Daly

Américo Bedê freire Júnior

Lorena Alves de Alvarenga.....28

O acesso à justiça e a abordagem das capacidades: uma análise a partir das assessorias jurídicas populares

Ana Gabriela Camatta Zanotelli52

Utilitarismo, políticas públicas e indenizações por acidente de serviço nas forças de segurança do Estado do Espírito Santo

André Porto70

O licenciamento ambiental compulsório e a patente medicamentosa ante a

justiça aristotélica <i>Anselmo Luiz Bacelar Júnior</i>	86
O histórico julgamento no caso do desastre de Mariana/MG à luz da teoria da justiça de John Rawls: sobre o caráter social e institucional por trás da sentença do processo n.º 1016742-66.2020.4.01.3800 <i>Bianca Ventorim Comarela</i>	100
A Extinção da Punibilidade do Crime Tributário na Ótica da Teoria da Justiça de Friedrich Hayek <i>Bruno Gimenes Di Lascio</i>	126
A teoria da justiça de John Rawls e a decisão do supremo tribunal federal no julgamento do Recurso Extraordinário 576967/PR <i>Carolina Sarmiento Spalenza</i>	146
A delação premiada na perspectiva da justiça e da moral kantiana <i>Charles Francisco Rozário</i>	158
COVID-19 e lockdown: breves considerações sobre a moral kantiana no contexto da pandemia <i>Daniella Gonçalves Stefanelli</i>	174
A distribuição de recursos do fundo eleitoral em benefício das candidaturas de mulheres e negros: considerações sob a ótica da teoria da justiça em John Rawls <i>Douglas Puziol Giuberti</i>	190
Justiça social (ou distributiva) e o imposto sobre grandes fortunas: a visão libertária de Robert Nozick <i>Gabriela Galimberti de Souza Pimenta</i>	208
Procedimentalismo argumentativo na solução de colisões entre direitos fundamentais com caráter de princípio: conexão entre a teoria dos direi-	

tos fundamentais e a teoria da justiça de Robert Alexy <i>Geovany Cardoso Jevaux</i>	218
A indicação de agentes políticos para o cargo de chefe de missão diplomática permanente (embaixador) sob a ótica da teoria meritocrática de Aristóteles <i>Getulio Ramos Pimentel Júnior</i>	236

Uma análise sobre o passaporte de imunização na pandemia de SARS-CoV-2 à luz da moral kantiana, da racionalidade prática aristotélica e do utilitarismo

Alexandre Fortuna Lopes

1 INTRODUÇÃO

A atual pandemia da Sars-CoV-2 (COVID-19) e a gênese do esquema vacinal como medida hábil a conter o potencial de disseminação do vírus fez emergir inúmeros questionamentos a respeito da pertinência de um passaporte vacinal, bem como da legitimidade jurídica de tal medida.

A doença de proporções pandêmicas tomou muitas nações de surpresa e, com a difusão exponencial do vírus, imergiu o mundo em um cenário de incontáveis óbitos e severo impacto na economia global resultante das diversas medidas emergenciais para conter o poder destrutivo da COVID-19, tal como o isolamento social.

Nesse cenário, o desenvolvimento célere de vacinas tornou-se premente para a retomada da “vida normal”, com recuperação plena das atividades comerciais a partir da minoração do número de óbitos resultantes da doença. Assim, a comunidade científica global reuniu esforços intelectuais e recursos materiais em torno do desenvolvimento dos imunizantes.

A rápida produção das vacinas contra a COVID-19 gerou desconfiças em parcela da sociedade e a propagação de um segundo vírus: o da desinformação. Tal fenômeno ensejou a veiculação de diversas *fake news* em torno da segurança e eficácia dos imunizantes.

É o fenômeno que advém da pós-verdade, que se define pelo estado temporal atual que enuncia o declínio da verdade e a proeminência da mentira, diante da preterição de decisões racionais

por decisões emocionais. Nesse ambiente de pós-verdade em que o mundo vive hodiernamente, notícias falsas, mas impactantes no emocional do receptor, preponderaram sobre fatos objetivos⁶.

A partir disso, o movimento antivacina ganhou força como nunca e, em solos norte-americanos e de muitos países europeus, levou a números de vacinados não satisfatórios para a contenção da circulação do vírus e, com isso, ao desenrolar de novas “ondas” da doença e mutações do vírus, com a restrição à circulação de pessoas para conter o meteórico crescimento dos indicadores de contaminações, hospitalizações e óbitos.

Esse movimento faz com que muitas nações adotem estratégias para incentivar tal parcela da população a se vacinar, de forma a poder se alcançar a imunidade de rebanho vacinal.

Ao lado de sorteios, entradas gratuitas em atrações turísticas, descontos diversos para quem se vacinasse, lançou-se mão do passaporte da vacina como documento de demonstração obrigatória para acessar desde partidas esportivas até como requisito para manutenção de contrato de emprego.

Algo que se assemelha, em grande medida, ao que o Brasil enfrentou na Revolta da Vacina no início do século XX, em que a comprovação de vacinação contra a varíola era indispensável para inúmeros atos da vida civil. Paralelamente, a população rejeitava o imunizante à época porque era produzido a partir de pústulas de vacas doentes. A partir disso, não é difícil imaginar que com o vírus, alastraram-se inúmeras *fake news* como a de que a vacina gerava feições bovinas nos vacinados.

Pouco mais de um século depois e com expressivos avanços em termos científicos, os problemas são parecidos. A população brasileira até então só se via compelida a se vacinar em viagens a determinados destinos estrangeiros, como na exigência de imunização em relação à febre amarela.

No que tange à faixa etária infantil, essas exigências são mais usuais, na medida em que inclusive o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que a vacinação é dotada de obrigatoriedade, sendo a sua desobediência passível de penalização por multa.

6 PEREIRA, Luciano Meneguetti. Verdade, pós-verdade e fake news: aspectos conceituais e implicações. In: NOVAES, Pedro Luís Piedade. FREITAS, Renato Alexandre da Silva. *Direitos humanos na era das fake news e da pós-verdade*. Disponível em: https://www.academia.edu/44751558/Verdade_P%C3%B3s_Verdade_e_Fake_News_Aspectos_Conceituais_e_Implica%C3%A7%C3%B5es. Acesso em: 28 maio 2021. p. 41.

A matrícula em escolas é um dos exemplos em que a obrigatoriedade da carteira vacinal completa em cada faixa etária se faz presente no nosso estado do Espírito Santo e de São Paulo. Também é medida vinculante para o pagamento do salário-família.

Tal qual exposto, a obrigatoriedade da vacinação já se faz presente em nossa sociedade de forma vinculativa para a prática de determinados atos civis e isso nunca foi tão intensamente questionado como se vê agora diante do imunizante contra a COVID-19.

Diante de todo esse cenário, faz-se imperioso analisar detidamente a questão da necessidade de vacinação e dos direitos envolvidos na cealuma à luz dos conceitos de moral por Immanuel Kant, da racionalidade prática por Aristóteles e da vertente que analisa a moral utilitarista, em coalizão com o enfrentamento judicial da matéria.

2 REPERCUSSÕES JURÍDICAS DO PASSAPORTE VACINAL

A primeira crítica que emerge em oposição ao passaporte vacinal é a de que a liberdade de ir e vir consagrada constitucionalmente seria suprimida, visto que os não vacinados não poderiam frequentar todos os lugares a seu bel-prazer.

Não é demais destacar que as liberdades compõem o núcleo da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, apontado esse como o instrumento para que essas liberdades sejam asseguradas⁷.

É cediço que os direitos e garantias fundamentais padecem de “limitações de ordem ético-jurídica”⁸, de forma que a colisão entre eles e a consecutória supressão parcial ou plena do exercício temporário de um ou alguns deles são inevitáveis em sede processual, com o intuito de que outro direito, de maior importância em determinado contexto, adquira prevalência.

É preciso entender-se que a liberdade de ir e vir não é absoluta, tampouco se sobrepõe a todos os outros direitos fundamentais⁹.

7 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 279.

8 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 534.

9 LOPES, Alexandre Fortuna. Passaporte da vacina: liberdade de ir e vir constitucional

A esse respeito, Immanuel Kant¹⁰ ensinava que a liberdade de arbítrio apenas seria justa se coexistisse com a liberdade alheia, que não poderia ser vulnerada.

Em confronto com a liberdade de ir e vir dos não vacinados em uma pandemia, depara-se a garantia do direito à saúde coletiva e até mesmo à vida, bem como o princípio constitucional da solidariedade. Aliás, a compreensão correta para combater um vírus pandêmico é de que todo o esforço para extirpá-lo e minorar os danos sociais deve ser coletivo, não bastando atos individuais isolados no esforço de conter a circulação do vírus.

A analogia ventilada sobre essa situação consagra o raciocínio apresentado: a liberdade individual de usar bebida alcoólica e posteriormente dirigir precisou ser cerceada em prol do direito coletivo a um trânsito mais seguro.

3 JUSTIÇA E MORAL

John Rawls preceitua que “as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas”¹¹ e continua delimitando que um “ideal social, por sua vez, está ligado a uma concepção de sociedade, uma visão sobre como se devem entender os objetivos e os propósitos de cooperação social.”¹²

A busca por essa cooperação social exposta por Rawls é premente para o alcance de uma sociedade justa em que a moral e o bem-estar social imperam. E, para tanto, lançar-se-á mão do estudo de grandes pensadores de uma teoria da justiça, debruçando-se acerca dos objetos temáticos da vacinação e do passaporte de imunidade.

3.1 Moral kantiana

Immanuel Kant, em sua lição a respeito da moral, elucida conceitos de alta pertinência para o desdobrar deste estudo, sobre-

não é absoluta. A Gazeta Online, Vitória, 14 out. 2021. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/artigos/passaporte-da-vacina-liberdade-de-ir-e-vir-constitucional-nao-e-absoluta-1021>. Acesso em: 14 out. 2021.

10 KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 36.

11 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 4.

12 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 11.

tudo os de imperativo categórico, de imperativo hipotético e de dignidade humana.

Para o filósofo, a nossa maneira de viver deve estar alicerçada a máximas morais¹³, dispondo que a lei pragmática é “a lei prática que tem por motivo a felicidade” e a lei moral ou lei dos costumes é “a lei que não tem outro móbil que não seja indicar-nos como podemos tornar-nos dignos da felicidade”¹⁴

Prosseguindo, Kant define o imperativo como a “regra prática por meio da qual uma ação em si contingente torna-se necessária”¹⁵, ditando ainda que o imperativo intitulado como categórico enuncia uma obrigação de o indivíduo agir nos termos da máxima que possa ser caracterizada como uma lei universal¹⁶.

Kant contempla a lei universal do direito no seguinte brocardo: “aja externamente de tal modo que o uso livre de seu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal”¹⁷. E essa lei universal é conceituada como a faculdade que determina a representação de regras e a prática de condutas que sigam princípios práticos pré-definidos¹⁸.

A partir de tal premissa, aventa-se a conclusão de que o arbítrio de não se vacinar deve coexistir com a liberdade do restante da sociedade. Desse modo, como já apresentado, a opção pela não vacinação infringe liberdades e direitos alheios.

Valendo-se do princípio da solidariedade que se impõe como de busca necessária para que uma grande parcela da população vacine-se de modo a conter a circulação do vírus e alcançar o fim da pandemia, atingimos a relevância conferida por Kant à humanidade e ao respeito ao próximo, para quem a benevolência é um dever de todos os homens segundo a máxima do “ame o próximo como a você mesmo”¹⁹.

Kant advoga que o dever de respeitar o próximo é parte da máxima de que nenhum homem poderá ter sua existência degradada. Valor de humanidade esse cujo papel é de destaque na doutrina

13 KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 644.

14 KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 640.

15 KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 28.

16 KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 30-31.

17 KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 36.

18 KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, p. 42.

19 KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, p. 222.

kantiana, não podendo os fins pessoais de alguém prestarem-se à utilização de outro ser humano como meio para tanto.

Prosseguindo em sua lição, ainda pontifica que há três divisões ou fórmulas que constituem o sistema dos deveres jurídicos, quais sejam: “Seja um homem correto (*honeste vive*)”; “Não faça mal a ninguém (*neminem laede*); “entre em um estado no qual a cada um possa ser assegurado o seu diante dos demais (*Lex iustitiae*)”²⁰.

Vê-se que a moral para Immanuel Kant é fulcrada no dever de observância do imperativo categórico e todo o seu magistério gravita em torno da preservação e valorização da humanidade, o que se revelou de maneira explícita a partir das três fórmulas acima elencadas.

Diante da considerável importância conferida à humanidade por Kant, conjectura-se que, se o filósofo fosse contemporâneo de nossos tempos, certamente orientaria em seus escritos que qualquer atuação no sentido de evitar o empilhar de corpos cujas vidas minguaram em razão da COVID-19 deveria ser incorporada como um imperativo categórico, porque é uma conduta boa em si mesma. Nesse sentido, aventava-se que o ato de vacinar-se contra a COVID-19 amoldar-se-ia perfeitamente à moral kantiana.

Na questão do passaporte vacinal, pode-se alcançar a conclusão segundo a concepção kantiana de que há um dever moral de agir no sentido de que cada indivíduo deve sempre se vacinar quando haja alguma vacina a ser ofertada à população. Ou seja, haveria um imperativo categórico de vacinar-se sempre que disponível um imunizante, inclusive na pandemia da COVID-19.

A prática de condutas que se amoldem ao imperativo categórico envolve despir-se de motivações secundárias, mas persegui-la por ser um ato bom em si mesmo. É o que Immanuel Kant denomina de “santidade da vontade”²¹, a qual é guiada pela autonomia da vontade que é uma motivação incondicionada desatrelada de quaisquer necessidades e “causas motoras sensíveis”. Alçando-se tal patamar da “lei moral pura”, Kant reza que haverá uma concordância com a moralidade da vontade e o “princípio de uma razão pura prática”²².

A partir disso, conclui-se que vacinar-se com o intuito de tão somente obter o passaporte vacinal visando frequentar locais que

20 KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 41.

21 KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, p. 42.

22 KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, p. 43.

exijam sua apresentação representa um distanciamento do imperativo categórico kantiano, porquanto há uma motivação envolvendo o ato, a qual tem o condão de desnaturar a moralidade.

Por outro lado, o imperativo hipotético kantiano é assim definido na obra de Norberto Bobbio como o imperativo resultante de uma vontade heterônoma, que não prescreve uma ação boa em si mesma, mas uma conduta cujo escopo é norteado por um móbil externo semeado pelo desejo do agente ao perpetrar o ato²³.

Prossegue Bobbio dispondo que os imperativos jurídicos são hipotéticos, visto que a vontade jurídica é heterônoma, sendo expresso na fórmula: *se deseja isso, deve agir deste modo*.

Dessa feita, a prática da Administração Pública Direta, por meio dos entes federados que passaram a exigir o passaporte vacinal, vislumbra-se um imperativo hipotético reduzido aos seguintes termos: se quiser frequentar um estabelecimento comercial ou ponto turístico, terá que cumprir a LEI TAL e vacinar-se.

Dito isso, é de bom alvitre destacar a situação dos indivíduos que apenas se vacinam mobilizados pelo desejo de obter o passaporte vacinal a fim de não se depararem impedidos de frequentar certos lugares. Tais pessoas agem despídos da moral kantiana, na medida em que suas condutas amoldam-se ao imperativo hipotético à luz da doutrina exposta.

3.2 Utilitarismo

Adotando-se o princípio da utilidade, “a sociedade está bem-ordenada quando suas instituições elevam ao máximo o saldo líquido de satisfações”²⁴, devendo essa mesma sociedade “distribuir seus meios de satisfação, quaisquer que sejam, direitos e deveres, oportunidades e privilégios, e as diversas formas de riqueza, de modo a alcançar esse máximo, se for possível”.

É de se destacar que o utilitarismo não distingue as pessoas conviventes em sociedade e, para alcançar a lógica utilitarista, o procedimento mais natural e eficiente é o de escolher um único indivíduo, dotado de observação imparcial e de orientação empática nas condutas sociais, que será o ponto indutivo para a formulação

23 BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: UnB, 1997, p 65-65.

24 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 29.

do princípio da escolha racional a ser seguida por toda a sociedade. Nesse sentido, Rawls bem elucida:

É esse observador que se supõe que realize a organização necessária dos desejos de todas as pessoas em um único sistema coerente de desejos; é por meio dessa construção que muitas pessoas se fundem em uma só. Dotado de capacidades ideais de empatia e imaginação, o observador imparcial é o indivíduo perfeitamente racional que se identifica com os desejos dos outros e os vivencia como se fossem seus. Desse modo, ele averigua a intensidade desses desejos e lhes atribui um peso apropriado no sistema único de desejos cuja satisfação o legislador ideal tenta, então, elevar ao máximo por meio de ajuste nas normas do sistema social.²⁵

Conforme aduz Rawls, a partir dos ensinamentos de Hume, “a empatia constitui [...] um terreno comum para fazer com que nossas opiniões morais entrem em acordo”, oferecendo o vislumbre de se alcançar uma concepção una de justiça²⁶, concluindo que, para a teoria da utilidade clássica, o altruísta perfeito estará mais satisfeito em seus desejos morais na mesma proporção em que o resultado da felicidade resultante das condutas for acentuado²⁷.

Ressalta-se aqui a lição de John Stuart Mill, célebre filósofo que capitaneou a doutrina utilitarista. Para ele²⁸, as opiniões e as ações deixam de ser livres quando representam risco de deflagrar alguma consequência danosa, devendo tais ações serem tolhidas quando causarem incômodos a outrem.

Por conseguinte, analisando casuisticamente a situação fática que emerge deste trabalho, é de se entender que o saldo de felicidade social será inequivocamente acrescido quando a pandemia da Sars-CoV-2 for aplacada, permitindo a volta à “normalidade de vida”, com a reaproximação de pessoas antes afastadas pela necessidade de distanciamento.

Isso incrementará, pois, o convívio social, o reabrir de fronteiras, o reaquecimento de economias a partir do fortalecimento do comércio, entre outras atividades que serão autorizadas e, certamente, aumentarão a felicidade dos povos. Por derradeiro, entende-se

25 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 32-33.

26 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 229.

27 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 232.

28 MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 87-88.

que as opiniões e as ações contrárias à vacinação promovem danos sociais, na medida em que dificultam o alcance desse cenário exposto. Tais conclusões coadunam-se, pois, com a lógica utilitarista.

3.3 Racionalidade prática em Aristóteles

Aristóteles preceitua que a virtude moral é adquirida por intermédio do hábito, por meio do qual nos tornamos perfeitos²⁹. Aristóteles dispõe que isso é o processo ordinário como tudo que nos é conferido por natureza: recebemos uma virtude por natureza que é aperfeiçoada pelo hábito.

Em sua lição, apregoa que a lei é o mediador entre dois adversários que buscam justiça³⁰, sendo que o homem sem lei é injusto ao passo que aquele que respeita a lei reveste-se do caráter de justiça. Por conseguinte, a justiça é tida por Aristóteles como a maior das virtudes³¹.

O homem dotado da virtude da sabedoria prática (*phronesis*), à luz da doutrina aristotélica, é aquele que sabe deliberar com destreza quanto ao que é bom e conveniente para si próprio, distinguindo-se por ser uma capacidade caracterizada por ser “verdadeira e raciocinada de agir com respeito às coisas que são boas ou más para o homem”³².

A excelência na deliberação proveniente da *phronesis* é a que logra atingir o fim pretendido³³. Dessa feita, visualiza-se neste ponto uma diferença em relação à moral kantiana que tem seu centro moral curvado ao meio que levou à prática da conduta, o qual deve ser um meio norteado por um móbil autônomo, ao passo que na sabedoria prática a excelência deverá ser buscada tanto no meio quanto no fim da conduta levada a cabo pelo agente.

Contudo, o objeto do presente estudo alcançará igual conclusão perante a racionalidade prática, na medida em que um indivíduo permeado pela *phronesis* certamente definiria em seu intelecto que a vacinação perante o contexto pandêmico é a decisão boa e conveniente para si próprio e para a humanidade, bem como que a fi-

29 ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 22.

30 ARISTÓTELES. *Política*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2017, p. 94.

31 ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 79.

32 ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 104.

33 ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 110.

nalidade traçada com a vacinação goza de excelência e virtude, qual seja: obter o retorno a uma convivência social com riscos menores de contaminação pelo vírus da COVID-19 e arrefecer os índices de hospitalizações e óbitos decorrentes da doença.

4 ENFRENTAMENTO JUDICIAL DA QUESTÃO

Diante dessas celeumas em torno do passaporte vacinal, o Supremo Tribunal Federal (STF) debruçou-se em fins de 2020 sobre a questão no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 6586 e 6587³⁴, que versavam a respeito da vacinação contra a COVID-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1.267.879³⁵, no qual se debatia o direito à recusa à imunização por convicções filosóficas ou religiosas.

A Corte decidiu que a vacinação forçada não é possível com vistas a respaldar a dignidade humana e a incolumidade física, mas que são constitucionais sanções e restrições aos cidadãos que recusem a vacinação contra a COVID-19 diante do consenso científico quanto à segurança e eficácia dos imunizantes registrados em órgão de vigilância sanitária, aludindo à previsão de vacinação compulsória elencada no artigo 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020.

No julgamento, fixou-se a seguinte tese em repercussão geral:

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, tenha sido incluída no plano nacional de imunizações; ou tenha sua aplicação obrigatória decretada em lei; ou seja objeto de determinação da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucionalidade da obrigatoriedade de imunização por meio de vacina. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6586 e 6587. Partido Democrático Trabalhista, Partido Trabalhista Brasileiro, Presidência da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 17 dez. 2020. *DJe*, 07 abr. 2021.

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucionalidade da obrigatoriedade de imunização por meio de vacina. Recurso Extraordinário com Agravo nº 1267879. A.C.P.C. e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 17 dez. 2020. *DJe*, 08 abr. 2021.

O STF, por intermédio do relator Ministro Ricardo Lewandowski, destacou ainda que a vacinação compulsória já é prevista em outros normativos pátrios, a saber: arts. 3º e 5º da Lei nº 6.259/1975; art. 14, § 1º, da Lei 8.069/1990; Portaria 597/2004 do Ministério da Saúde.

De tal modo, entende-se que a previsão de vacinação compulsória para o imunizante contra COVID-19 não seria uma inovação legislativa em solo nacional cuja gênese vem do Programa Nacional de Imunização, consistindo tão somente em um reforço às regras preteritamente positivadas.

O relator do julgado ainda pontificou que “a saúde coletiva não pode ser prejudicada por pessoas que deliberadamente se recusam a ser vacinadas”³⁶, reafirmando a preponderância do direito à saúde sobre a autonomia individual, como aqui já destacado.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto na condição de relator do ARE nº 1.267.879, trouxe pertinente analogia com a exigibilidade do uso de cinto de segurança em um veículo automotor que foi muito contestada pela população, versando que o “Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas, mesmo contra a sua vontade”, sendo legítima a atuação paternalista para proteger o cidadão de sua desinformação ou de sua escolha equivocada.

Como bem definiu o Ministro Edson Fachin a imunidade pública é um bem público coletivo, o que não se equipara, na visão do Ministro Gilmar Mendes à recusa individual a um tratamento terapêutico, visto que na imunização comunitária há uma preponderância do bem coletivo, prevalecendo, pois, no entendimento dos Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia, o princípio constitucional da solidariedade.

De forma complementar, o STF foi instado a se pronunciar sobre o passaporte vacinal a partir de recurso contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) que concedeu habeas corpus em favor do direito dos não vacinados de adentrar estabelecimentos e locais de uso coletivo ante a obrigatoriedade de se apresentar comprovante vacinal contra a COVID-19.

O STF, por intermédio de decisão monocrática prolatada pelo Ministro Luiz Fux³⁷ (medida cautelar na suspensão de tutela

36 Disponível em:

37

Disponível

em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346093809&ext=.pdf>

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca>

provisória - MCP nº 824), entendeu que a exigência do passaporte de imunização no município do Rio de Janeiro é perfeitamente válida, inexistindo desproporcionalidade ou irrazoabilidade no conteúdo embutido na medida, que é amparada em dados técnicos e científicos e foi expedida no exercício da competência constitucional do ente municipal.

Dessa forma, o Ministro Presidente da Corte pontificou que a decisão do TJRJ nutria o potencial de “desestruturar o planejamento adotado pelas autoridades municipais como forma de fazer frente à pandemia em seu território, contribuindo para a disseminação do vírus e retardando a imunização coletiva pelo desestímulo à vacinação”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do magistério de grandes expoentes da teoria da justiça e seus estudos sobre a conduta moral e justa, alcança-se o entendimento de que o ato de se vacinar reveste-se de prática que atende à moral kantiana quando despida de desejos, à racionalidade prática aristotélica e à concepção utilitarista.

Não há uma coerção vacinal em solo brasileiro em relação à imunização contra a COVID-19, mas, como juridicamente já resta assentado, preza-se pela imunização comunitária e pela saúde coletiva, os quais são bens coletivos que devem ser sopesados com maior relevo em relação à autonomia individual.

Prevalece, por conseguinte, um livre arbítrio para que cada um adote as decisões que considere mais adequadas em suas convicções particulares. No entanto, como qualquer ato que seja praticado em sociedade, possíveis ônus podem advir de tais decisões: é o que acontece com o passaporte vacinal e as sanções advindas da sua ausência.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

ARISTÓTELES. *Política*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2017.

[asp?id=15348078713&ext=.pdf](#)

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: UnB, 1997.

BRASIL. Lei nº 13.979/2020, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, 7 fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucionalidade da obrigatoriedade de imunização por meio de vacina. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6586 e 6587. Partido Democrático Trabalhista, Partido Trabalhista Brasileiro, Presidência da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 17 dez. 2020. *DJe*, 07 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucionalidade da obrigatoriedade de imunização por meio de vacina. Recurso Extraordinário com Agravo nº 1267879. A.C.P.C. e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 17 dez. 2020. *DJe*, 08 abr. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Tecnoprint, [19--].

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução de Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau, Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes, 2013.

LOPES, Alexandre Fortuna. Passaporte da vacina: liberdade de ir e vir constitucional não é absoluta. *A Gazeta*, Vitória, 14 out. 2021.

Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/artigos/passaporte-da-vacina-liberdade-de-ir-e-vir-constitucional-nao-e-absoluta-1021>.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2016.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. Verdade, pós-verdade e fake news: aspectos conceituais e implicações. In: NOVAES, Pedro Luís Piedade. FREITAS, Renato Alexandre da Silva. *Direitos humanos na era das fake news e da pós-verdade*. Disponível em: https://www.academia.edu/44751558/Verdade_P%C3%B3s_Verdade_e_Fake_News_Aspectos_Conceituais_e_Implica%C3%A7%C3%B5es. Acesso em: 28 maio 2021. p. 41.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

Do superego à supremocracia: uma análise do papel do Supremo Tribunal Federal na democratização do Brasil sob a ótica de Tom Daly

Américo Bedê Freire Júnior
Lorena Alves de Alvarenga

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o estabelecimento de tribunais constitucionais domésticos e uma forte revisão judicial têm se espalhado pelo mundo, ocasionando um paradigma global que coloca o Poder Judiciário como motor central no processo de democratização.

Após a Segunda Guerra Mundial, o modelo alemão de democracia bem-sucedida juntamente com o surgimento de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos influenciaram fortemente países de outros continentes a adotarem um formato de construção da democracia sustentada por decisões judiciais que se estruturam, principalmente, na dignidade da pessoa humana e na inclusão de minorias, a fim de assegurar direitos sociais e econômicos tão violados nos períodos totalitários.

Neste sentido, copiando a experiência europeia, os países da América Latina passaram a ampliar os poderes de suas Cortes para que estas pudessem protagonizar a governança, as localizando, faticamente, no topo da hierarquia dos poderes. Com efeito, em solo fértil de um parlamento desacreditado e um executivo ineficaz, os tribunais supremos assumiram tal função e vêm expandindo seu papel no processo democrático.

Ocorre que a governança judicial, na maioria destes países, apresenta um cenário que não considera elementos basilares de um governo popular, qual seja um concreto processo eleitoral justo e livre, com a inclusão de indivíduos que possam efetivamente re-

presentar cada cidadão. Isto é, a base da estrutura no processo de transição ainda se manifesta de forma fraca, contaminando todo o caminho democrático.

No Brasil, infelizmente, o contexto não é diferente. A crescente fé no Supremo Tribunal Federal vem proporcionando uma expectativa difícil de ser suprida. O controle de constitucionalidade e as decisões vinculantes da última instância brasileira ocupou um lugar de destaque na democratização do país, que neste momento se encontra frustrado, às margens de um governo participativo.

Sendo assim, este trabalho pretende investigar justamente o lugar do Supremo na medida em que pretende responder a seguinte problemática: qual o papel do Supremo Tribunal Federal na democratização do Brasil? A análise tenciona diagnosticar, sem a pretensão de esgotar o tema, o papel que o tribunal vem cumprindo e qual ele deveria exercer.

Para tanto, o marco teórico principal deste artigo é a obra de Tom Gerald Daly, denominada *The Alchemists*, por meio da qual o autor questiona a obsessão da sociedade moderna nos tribunais constitucionais e classifica tais cortes como *democracy-builders* na medida em que o Poder Judiciário ultrapassa os limites de sua atuação em uma jovem democracia.

A metodologia aqui utilizada segue caminho do método múltiplo dialético, uma vez que seu enfoque se encontra na diversidade de fatos constantes no contexto social e histórico do Brasil, as quais não se assemelham ao cenário europeu, verificando assim múltiplas maneiras de conceber os pressupostos valorativos da política pós- autoritária, cujo objetivo se traduz em compreender a transição para a democracia brasileira.

A hipótese que surge é que a corte suprema brasileira pós-88 fora consagrada como o superego de uma sociedade órfã de políticas públicas eficazes e representantes comprometidos com os ideais democráticos, assumindo um exercício paternalista de proteção dos extensos direitos previstos na Carta Magna, de forma a infantilizar o povo brasileiro que carece de autonomia soberana.

Sendo assim, ao invés de caminhar para uma democracia consolidada, o ativismo do Supremo Tribunal Federal no processo de democratização do Brasil molda um fenômeno que pode ser chamado de *Supremocracia*, haja vista seu poder centralizador

na governança democrática e, por via de consequência, no processo decisório. Ao final, a sugestão apresentada é no sentido de que a política pós-autoritária brasileira exige mais atuação do parlamento do que do próprio judiciário.

2 O CENÁRIO PÓS-GUERRA: OS PRIMEIROS PASSOS DA DEMOCRATIZAÇÃO

Por muitos anos, os responsáveis pela aplicação e cumprimento da normalidade (o que estava previsto na norma) agiram de forma ilimitada para que o signo da ordem fosse impregnado na sociedade e, pelo terror, o Estado controlava o comportamento e o desejo humanos.

O Código de Hamurabi (1.690 a.C.), por exemplo, consagra alguns direitos comuns aos homens abordando com rigor relações civis e penais, as quais tinham como estrutura basilar a premissa do olho por olho e dente por dente. Tal contexto, considerando os primórdios da escravidão, incontáveis mutilações, torturas cruéis, mortes inexplicáveis, privações de um mínimo existencial e tantas outras características do “Poder” institucional violento e vingativo, ratifica a postura de um Estado que, até então, não via o indivíduo enquanto “pessoa humana” ou sujeito de direitos.

Na visão de Comparato (2010, p. 24), foi por volta do século VII a. C., no período denominado axial – momento em que o saber filosófico substitui a mitologia, que “pela primeira vez na História o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão”.

Nessa ocasião, foram positivados, ainda de modo insuficiente, alguns direitos imprescindíveis como forma de proteção a uma existência digna, de maneira que ninguém, pessoa ou instituição, independente do tempo, do lugar ou da cultura, pudesse não observar tais prerrogativas da natureza humana.

Neste sentido, embora não seja ponto de reflexão no presente trabalho, vale registrar que a filosofia cristã também traduz um marco importante na luta por direitos indispensáveis (MORAES, 2000, p. 23) na medida em que os dogmas do cristianismo reconheciam uma unidade moral na pessoa humana que o diferenciava dos

demais seres. O “sopro divino” proporcionava ao humano uma espiritualidade que não permitia que ele fosse considerado como objeto ou propriedade.

E se, de acordo com esses dogmas, todos são iguais perante Deus, o Estado também deveria tratar os membros da sociedade como livres e iguais criados à imagem e semelhança Dele. Sob esta perspectiva, o tratamento estatal deveria observar as pessoas como sujeitos carregados de dignidade pessoal e capacidade de autodeterminação.

Entretanto, acrescidos à forte influência das premissas religiosas na construção de leis reguladoras do comportamento humano (ou mesmo para desconstruir tal domínio como pretendeu o Iluminismo), com o passar dos anos, um relevante fenômeno contribuiu consideravelmente para o reconhecimento legal da unidade moral do ser humano: a Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

Neste sentido, a crueldade extrema manifestada em regimes totalitários – como no caso do Holocausto⁶ onde cerca de seis milhões de judeus foram exterminados no governo alemão de Adolf Hitler por serem considerados uma raça inferior – impulsionou diretamente a necessidade de fomentar um contexto político em que todos os seres humanos fossem considerados sujeitos de “direitos inatos, invioláveis, de titularidade de todo e qualquer ser humano, independentemente de quaisquer condições” (JORIO, 2014, p. 235).

E é com base no fenômeno respectivo que a presente pesquisa tenciona iniciar a análise da transição para os regimes políticos modernos. Após o fim da referida guerra e das atrocidades por ela ocasionadas, muitas nações se aproximaram e foi, então, criada a Organização das Nações Unidas – ONU, a qual adotou diversos princípios devidamente formalizados em uma carta.

Em tal cenário que se encontra a gênese da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, posteriormente denominada de Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷, aprovada em dezembro de 1948. De acordo com Mbaya (1997), após a publi-

6 “O princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o principal fundamento para a criação do Estado Democrático de Direito. Estado este que condenou posteriormente as práticas cometidas pelos nazistas e fez com que houvesse o julgamento em Nuremberg por crimes praticados contra a humanidade” (GOMES, p. 322).

7 Neste trabalho, a expressão “Direitos Humanos” será empregada como sinônimo de “Direitos Fundamentais”.

cação do documento,

[...] finalmente foi abandonada, ao menos teoricamente, a ideia da exclusividade dos direitos humanos. Vivemos, desde 1945, um período de reconhecimento da sua universalidade e *inclusividade*, sendo, também, um período de reivindicações dos povos no sentido de exercerem o direito à autodeterminação como um direito dos povos e do homem. É o momento da democratização, da descolonização, da emancipação, da luta contra o racismo e todas as formas de discriminação racial. O direito à existência, à vida, à integridade física e moral da pessoa e à não-discriminação, em particular a racial, são normas imperativas da comunidade internacional ou da natureza do *ius cogens*.

Noutras palavras, o conjunto de 30 artigos que compõem a Declaração comporta uma direção a toda humanidade, sem qualquer exceção, e está relacionado, justamente, à pretensão de limitar do poder do Estado e superar a coisificação do homem, de modo que toda arbitrariedade dê lugar à proteção do humano, individual e coletivamente.

Assim, a luta contra governos autoritários e a promoção dos direitos fundamentais enquanto novo paradigma de governo estruturou a adoção de um novo regime político: o Estado Democrático de Direito. No contexto ocidental, não era moderno o Estado que não fosse democrático, ao menos formalmente.

Ocorre que, a democratização⁸ não tem sido tarefa de fácil alcance e o protagonismo de um ator específico neste processo tem chamado atenção dos estudiosos da temática. Isto porque, e desde já delineando a principal reflexão do presente trabalho, acrescido ao contexto da Declaração pretendida como Universal, o estabelecimento de tribunais constitucionais nas potências derrotadas do Eixo na Europa do pós-guerra (Alemanha e Itália) e ainda, a inauguração de um Tribunal Regional dos Direitos Humanos (1959) colaboraram para construir um perfil global de sociedade centrada nos tribunais como paradigma de apoio à democratização do Estado (DALY, 2017, p. 8).

Um “novo constitucionalismo”, focado em textos constitucionais amplos carregados com uma extensa declaração de direitos,

8 O conceito de democratização será detalhado no tópico seguinte.

vem apresentando uma *strong judicial review* exercida por uma Corte Suprema, padrão este que se espalhou pelo mundo nas últimas décadas, estruturando a transição de governos militares para a democracia.

Neste sentido, antes de tratarmos do papel indevido que se tem atribuído aos tribunais nas jovens democracias, será necessário delinear o conceito de democratização.

1.1 Considerações sobre o fenômeno da democratização

Ao contrário dos inúmeros estudos existentes sobre a *democracia*, a literatura acadêmica sobre o processo de *democratização* é diminuta no cenário científico, entretanto, constitui análise de fundamental importância para verificar a “fase” político-jurídica do Estado que adota tal regime.

Conforme exposto anteriormente, o desenvolvimento da denominada *teoria da democratização* alcança seu ápice justamente no período pós-guerra. A experiência bem-sucedida da Alemanha Ocidental pós-1945 começou a introduzir tribunais regionais de direitos humanos e tribunais constitucionais nacionais, momento em que houve um movimento global para garantir governos estabelecidos por meio de “eleições livres, justas e periódicas” (DALY, 2017, p. 33), a fim de que o mundo pudesse avançar em direção ao governo participativo, um governo representativo, base para estabilidade e desenvolvimento de uma sociedade mais inclusiva.

Neste sentido, a teoria da democratização foi desenvolvida no campo da Ciência Política e divide o processo em basicamente três etapas: *transição para a democracia*; *consolidação da democracia* e *qualidade da democracia*. Para melhor entendimento desta trajetória, especificamente as duas primeiras fases, surgiram nas décadas de 70 e 80 os termos *transitology* e *consolidology* (DALY, 2017, p. 33), os quais serão considerados no presente trabalho, por tradução livre, como *transitologia* e *consolidologia*.

Antes de tratarmos do termo em si, vale registrar que nesta época várias nações caminharam formalmente para o regime democrático, ocasionando o que Samuel Huntington (1994) chama de ondas de democratização. De acordo com o autor, a primeira onda

ocorreu na Europa ocidental e nos estados norte-americanos, entre o século XIX e início do século XX (1828-1926).

A segunda ocorreu no período pós-guerra imediato quando Itália, Áustria, Alemanha Ocidental e Japão se comprometeram com o governo democrático após períodos autoritários e descolonização no sul da Ásia, sudeste da Ásia e África. A terceira onde, mais extensa, começou em 1974 com a Revolução dos Cravos de Portugal, seguida por um retorno ao domínio democrático na Espanha em 1978. Posteriormente, se espalhou pela Grécia, América Latina, Europa Central e Oriental (CEE), bem como por vários estados da Espanha Leste da Ásia e África nas décadas de 1980 e 1990.

Neste caminhar, a etapa relacionada à *transição para a democracia* se orienta pelo conceito minimalista do regime, que se reduz à garantia de um processo eleitoral democrático. Assim, seu marco inicial é traçado por um compromisso oficial do governo autoritário a realizar eleições livres e justas e o ponto final é marcado pela realização bem-sucedida das eleições, ou seja, a convocação de um parlamento com poderes para controlar o executivo ou a eleição de um novo presidente (DALY, 2017, p. 36).

Por outro lado, a definição de *consolidação da democracia* se confunde com o próprio conceito de *democracia*, haja vista que uma democracia é considerada consolidada, nas palavras de Daly (2017, p. 37) quando as eleições e as liberdades civis foram institucionalizadas, isto é, “quando todos os principais atores políticos renunciaram às alternativas à democracia e se submetem à operação dentro de uma estrutura democrática”.

Noutras palavras, seguindo o pensamento de Dahl (2012, p 168) sobre a ordem política em questão, a *consolidação da democracia* exige o preenchimento de critérios específicos para caracterizar a verdadeira significação do que vem a ser um governo popular, são eles: participação efetiva dos cidadãos, igualdade de voto no estágio decisório, compreensão esclarecida do povo, controle da agenda política pelo povo, inclusão dos adultos.

Só, e somente só, cumpridos todos esses requisitos é que se pode evitar um governo autoritário e, conseqüentemente, garantir a liberdade geral e a proteção dos interesses pessoais ao mesmo tempo. São eles essenciais para a formação de um Estado democrático e, embora muitos países sejam chamados de democracias a maioria

deles adota um regime político que se identifica com outro tipo de sistema, que Dahl chama de *Poliarquia*⁹ (DAHL, 2012, p. 350).

Neste sentido, pode-se considerar como ponto final do estágio de *transição* e ponto inicial da *consolidação* quando

[...] allows for the free formulation of political preferences, through the use of basic freedoms or associations, information and communication, for the purpose of free competition between leaders to validate at regular intervals by non-violent means their claims to rule ... without excluding any effective political office from that competition or prohibiting members of the political community from expressing their preference (SCHNEIDER, 2008, p. 15-6)¹⁰.

É dizer que o início de uma democracia consolidada, 2º (segundo) estágio da democratização, se manifesta ao priorizar os direitos civis e políticos e o desenvolvimento de fatores estruturais que atendam às necessidades essenciais de um sistema eleitoral em funcionamento, com um sistema eleitoral inclusivo e competitivo sendo o principal prêmio. Segundo essa definição, uma democracia pode ser considerada consolidada mesmo quando existe uma grave desigualdade econômica. A inclusão política, no sentido formal e procedimental, é o que conta.

Assim, observa-se que a democratização de um Estado perpassa primeiramente por um processo eleitoral inclusivo, justo, que possa garantir uma representatividade substancial e, por via de consequência, a soberania popular¹¹. Ou seja, o primeiro degrau para

9 O vocábulo poliarquia, em sua literalidade semântica, compreende o governo de muitos. Neste caminhar, na teoria dahlsiana o sistema poliárquico integra o governo popular, mas não pode ser ele mesmo confundido com a democracia representativa moderna, pois, está aquém do ideal democrático. Aliás, a própria Poliarquia pode apresentar um viés democrático ou não, entretanto, mesmo que se enquadre na primeira forma, ela se diferencia por não se estabelecer em decorrência dos critérios aqui citados.

10 “[...] permite a livre formulação de preferências políticas, através do uso de liberdades ou associações básicas, informação e comunicação, com o objetivo de livre concorrência entre líderes, para validar, nos intervalos regulares através dos meios não violentos, suas petições, para governar sem excluir nenhum escritório político efetivo daquela competição ou proibição de membros da comunidade política, de expressar suas preferências” (tradução nossa).

11 Schmitter *apud* Daly (2017, p. 171) sugere: Se o “eleitoralismo” era a panacéia do estágio de transição, o constitucionalismo é provavelmente o da consolidação democrática”.

uma democracia plena é o parlamento.

Para Daly (2017, p. 60), inclusive, só depois de alcançado o regime democrático de forma plena é que se pode pensar em outros conceitos como justiça. Então, qual seria o papel do Judiciário nesta primeira fase? Há algum limite para a atuação do Judiciário neste momento?

Há uma sugestão adiante, entretanto, verifica-se que a ressonância global das jovens democracias é no sentido de enquadrar o Judiciário como motores centrais no processo, gerando uma forte revisão judicial e copiando, assim, o cenário de democracias maduras sem considerar que estas foram desenvolvidas em contextos distintos e em prazos diferentes, conforme se verá a seguir.

3 O JUDICIÁRIO ASSUME A CENA: O SUPEREGO DOS SUJEITOS CONSITUICIONAIS ORFÃOS EM BUSCA DA DEMOCRACIA

Acompanhando o fluxo dos estados modernos e localizado na terceira onda de democratização, o Brasil passa a se fundamentar na Constituição Federal de 1988, a qual traz elementos considerados indispensáveis à concretização do novo regime, tais como: a separação de poderes do Estado, eleições livres, declaração ampla de direitos sociais e, crucialmente, expresso e amplo poder aos tribunais superiores para rever as leis.

A constituição cidadã inaugura uma nova era, muito esperada pelos cidadãos brasileiros e a República Federativa do Brasil assume o que Daly (2017, p. 19) identifica como uma jovem democracia. Isto porque, o autor parte de um marco histórico que classifica as democracias maduras como aquelas que experimentaram uma “democracia eleitoral” antes de 1974 e as democracias novas, as que o fizeram depois da referida data.

Sob tal perspectiva, se nota no contexto brasileiro, assim como em muitos outros estados recentemente democráticos, que inúmeras promessas constitucionais não foram cumpridas e, dentro de um contexto pós-autoritário de desencanto pela má atuação do Poder Executivo e de um parlamento desacreditado e corrupto, o

Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, passa a ser visto como âncora e protagonista na caminhada democrática.

Noutras palavras, houve uma transferência de poder sem precedentes na medida em que os tribunais passaram a decidir sobre questões políticas e sociais fundamentais, as quais deveriam ser tratadas pelos representantes eleitos. Este fenômeno, considerado como “revisão judicial forte” (DALY, 2017, p. 23), foi inaugurado pelo Supremo Tribunal dos EUA ao invalidar leis inconstitucionais.

Tal afirmativa pode ser compreendida pelo fato de que o Brasil apresenta um cenário típico das democracias novas no sentido de que estas tentam, equivocadamente, importar modelos que não consideram o contexto local. Neste sentido, elas acabam por delinear um quadro insustentável. Daly (2017), ao traçar suas características, explica brilhantemente o porquê de uma forma bastante corajosa.

Primeiramente, em novas democracias, uma revisão judicial forte concede aos tribunais o “poder da palavra final” sobre questões constitucionais, considerada por alguns como “judicialização da política”¹². Tal engenharia frequentemente constitui um componente fundamental da barganha política que sustenta a própria transição para o regime democrático. É assim visto não como uma opção, mas como um pré-requisito para o projeto da democracia.

Em segundo lugar, uma democracia nova é paradigmaticamente sustentada por uma constituição nova ou substancialmente revisada (ou um novo entendimento constitucional) que carrega um denso resíduo das leis da era autoritária, exigindo, assim, que os tribunais se envolvam numa “construção constitucional” em ampla escala ao mesmo tempo em que refazem a lei ordinária dentro da imagem democrática da constituição. Isso difere completamente do papel constitucional geral de “ajuste fino” de um tribunal em uma democracia madura.

Terceiro, a submissão à jurisdição de um tribunal regional de direitos humanos é muitas vezes vista como um ato simbólico que ressalta o compromisso com o regime democrático, bem como um complemento útil para apoiar as instituições nacionais embrionárias.

Quarto, a relação entre os tribunais em cada nível é, em si

12 Ver Luis Roberto Barroso.

mesma, moldada pela trajetória e vicissitudes do processo de democratização com a adjudicação regional, concebida como um sistema de ‘*back-up*’, tendendo a assumir mais proeminência através da adesão dos tribunais nacionais à jurisprudência regional, ou quando a adjudicação interna é considerada inexistente - devido à falta de vontade ou incapacidade do tribunal constitucional nacional de se empenhar num processo decisório sólido.

Finalmente, em estados recém-democráticos, a capacidade de outros atores de desempenhar seu papel na construção da democracia é limitada. Isto porque eles apresentam um cenário onde a política multipartidária é, muitas vezes, embrionária ou sufocada pelo domínio de um único partido, a sociedade civil é fraca e os cidadãos não são educados na deliberação democrática e no manejo do poder político.

Nota-se que tal contexto altera o verdadeiro papel do tribunal no processo de *transição*. Ao invés de se buscar um fortalecimento e aprimoramento no processo eleitoral e nos Poderes Legislativo e Executivo, o que se tem observado nas jovens democracias é que há uma inversão de sustentáculo da democratização, sendo esta confundida com a própria “justiça social”, contexto que se verificaria somente no estágio de *consolidação da democracia*.

A ideia que legitima a participação exagerada do Judiciário neste caminho se orienta pelo pensamento de que,

Como decorrência da democratização das relações sociais, tem-se a quantificação das demandas submetidas ao Estado, na medida em que surgem novos atores das relações sociais – com o reconhecimento dos direitos sociais, vários grupos e classes puderam ser protagonistas de disputas, exigindo do ente estatal resposta às exigências formuladas. Além do que não se trata apenas de um aumento quantitativo da atuação estatal, mas também a exigência por respostas até então não proferidas em termos de conteúdo, por se tratar de direitos jamais protegidos pelo Estado e políticas sociais até então não ofertadas (SAID FILHO, 2017, p. 180).

Assim, o trabalho decisório judicial, com utilizações de ponderações morais, se intensifica e o Tribunal Constitucional é considerado como guardião da constituição, aquele que dá a palavra final. Com efeito, a “ascensão da Justiça à qualidade de administra-

dora da moral pública” (MAUS, 2000, p. 189) e sendo considerada a principal alternativa para materialidade de direitos, o Poder Judiciário atua como um pai que protege seus cidadãos infantilizados e dependentes.

A professora Ingeborg Maus (2000, p. 185) explana brilhantemente tal fenômeno e analisa a atuação do Judiciário sob uma perspectiva psicanalítica, baseada no conceito de imago paterna. Para a filósofa, as relações sociais e a consciência coletiva passaram a ser determinadas por meio da intermediação da figura dominante do judiciário, como uma espécie de superego, assim como acontece com a referência da figura paterna.

Consequentemente, ao denominar de “sociedade órfã” os indivíduos que dependem do modelo judicial de decisão - e, vale dizer, a própria corte assumiu essa tarefa – para construir irracionalmente seus parâmetros de justiça, a autora ratifica o infantilismo dos sujeitos constitucionais, os quais centram o processo de democratização na atuação da suprema corte.

Assim, com tamanho paternalismo, o Estado-Juiz se manifesta nos dias atuais como instrumento de concretização dos direitos de uma sociedade que sofre o impacto da ideia de regressão e, com isso, ela não exerce a autonomia indispensável para o governo de um povo soberano, ideia central da democracia. Outrossim, transfere ao tribunal a proteção de garantias mínimas de sobrevivência e inclusão, bem como de soluções de conflitos sociais e políticos, e, principalmente, como meio de controle de legalidade.

Neste caminhar, Maus (2000, p. 185) expressa que o fenômeno da ampliação objetiva das funções do Terceiro Poder, “em especial a consolidação do controle jurisdicional pelo legislador”, construiu um papel de representatividade da Justiça, a qual ganha confiabilidade e veneração quase religiosa pelos cidadãos.

Os valores apregoados pela atividade jurisdicional, assim, orienta o parâmetro do proibido e do permitido, vinculando o comportamento da sociedade e das instituições, fazendo com que a Corte Suprema assuma um papel central na democratização ao exercer um papel que vai além dos seus deveres.

O dramático aumento do poder judiciário no pós-guerra, nas arenas doméstica e internacional, deu uma ênfase nos estudos sobre o papel dos tribunais constitucionais, sobretudo, no que se refere

à descrença no processo político para proteger direitos e minorias *versus* a fé depositada nas cortes. Destaca-se, assim, um conflito fundamental entre os princípios da democracia representativa e o gozo da supremacia constitucional por juízes não eleitos.

4 SUPREMOCRACIA E OS LIMITES DA DEMOCRATIZAÇÃO JUDICIALIZADA NO BRASIL: O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Verificou-se nas páginas precedentes que a fé no tribunal para construir a democracia gerou um sentimento de dependência, uma obsessão na corte¹³, da qual se espera a difícil tarefa de carregar o “fardo da democratização”. Tal cenário pode ser verificado claramente no Brasil considerando que este ilustra o modelo global do pós-guerra de **democratização centrada na corte**.

Considerando que a experiência europeia foi replicada em outras regiões do mundo, inclusive na América Latina, a forte revisão judicial na governança democrática adotada no Brasil parte de uma premissa fundada na concretização dos valores estruturais da Constituição e no papel do direito constitucional na democratização, refletindo tal ideia na atuação dos tribunais constitucionais.

Vale dizer que não se pretende aqui adentrar na análise da tensão entre democracia e constitucionalismo, apenas registrar que a legitimidade das regras e princípios constitucionais, aceita pela comunidade política, deve ser mediada pelos representantes eleitos¹⁴.

Oportuno lembrar que as condições específicas propícias para a democratização na Alemanha e seu modelo de julgamento no

13 Daly (2017, prefácio) denomina este sentimento de *Our Court Obsession*.

14 Ferrajoli (2015, p. 14) esclarece que o paradigma normativo de uma democracia constitucional do pós-guerra não se encaixa nas concepções formais ou procedimentais de democracia (ou seja, concepções baseadas principalmente em critérios eleitorais e uma esfera mínima para participação significativa dos cidadãos na governança democrática). O autor argumenta que a democracia constitucional não pode existir na presença de poderes ilimitados por lei; incluindo a vontade da maioria. Nesse paradigma moderno, a lei cria uma esfera do “que não pode ser decidido”; em outras palavras, existem certas questões que não são passíveis de tomada de decisão que canalizam a vontade do povo, mediada por seus representantes.

nível doméstico em muito difere do contexto do Brasil. No contexto alemão, o parâmetro primário de atuação do Judiciário no caminho para a democracia manifesta uma jurisprudência que objetivava alcançar a desmilitarização, desnazificação, descentralização e democratização.

Desse modo, a jurisprudência da democratização alemã é focada, principalmente, em combater uma “constituição não-escrita do nazismo” a fim de garantir um estado de direito com base na dignidade humana, amplos direitos individuais como a liberdade de expressão¹⁵, preservar as cláusulas pétreas, assegurar os direitos fundamentais, a separação de poderes (DALY, 2017, p. 145-6).

O Tribunal Constitucional Federal se tornou o guardião do novo pacto constitucional e recebeu poderes para revisar a legislação e a ação estatal, acumulando um poder político e o poder judicial. Assim,

[...] as well as adjudicating constitutional disputes between the principal organs of the federal state and between the federation and the states, the Court could be called on to settle constitutional questions in concrete cases and to perform abstract review of the constitutionality of federal or state law. It also held the exclusive power to ban, for unconstitutionality, political parties opposed to the ‘free and democratic order’. Legislation in 1951 further enhanced the Courts position in the democratic dispensation by introducing a mechanism to allow direct petitions by individuals to claim infringement of basic rights by the state. It was ‘a staggering conferral of judicial authority (DALY, 2017, p. 73)¹⁶.

Diante de tais funções exercidas pelo Tribunal Alemão, pode-se apreender que seu papel se destacava no sentido de: impor forte respeito à Constituição; vangloriar-se do respeito pelos direitos

15 Ver o caso *Lüth*.

16 “[...] além de julgar disputas constitucionais entre os principais órgãos do estado federal e entre a federação e os estados, a Corte poderia ser chamada a resolver questões constitucionais em casos concretos e a executar uma revisão abstrata da constitucionalidade de leis federais ou estaduais. Também detinha o poder exclusivo de proibir, por inconstitucionalidade, partidos políticos contrários à “ordem livre e democrática”. A legislação em 1951 melhorou ainda mais a posição do Tribunal na dispensação democrática, introduzindo um mecanismo para permitir que petições diretas de indivíduos reivindicuem a violação de direitos básicos por parte do Estado. Foi ‘uma conferência impressionante de autoridade judicial’ (tradução nossa).

constitucionais como um valor onipresente do estado da Alemanha Ocidental e uma condição prévia para o governo democrático; educar o público alemão sobre as sutilezas e nuances do genuíno governo democrático e dar força às aspirações da Lei Básica por uma democracia capaz de se defender (DALY, 2017, p. 74).

A Corte conquistou, assim, o popular *status* de motor da *transição* construindo uma específica “jurisprudência da democratização” e gerando bons resultados no processo democrático. Entretanto, tratava-se de um contexto transicional único: contava com uma tradição jurídica que respeitava a lei como núcleo da governança; um sistema eleitoral competitivo eficaz e um claro compromisso com o processo democrático pelas principais forças políticas; além de “contar” com a ocupação de tropas americanas por décadas. Tudo isso facilitou um caminho eficiente e exemplar.

Aos olhos dos que estavam de fora, parecia uma receita a ser seguida para alcançar a plena democracia. Os tribunais na terceira onde passaram, então, a sofrer forte influência da atuação do Tribunal Alemão, criando grandes expectativas para uma consolidação do governo popular bem-sucedida, cenário que também está imerso o Supremo Tribunal Federal do Brasil.

Além do exemplo alemão, o judiciário brasileiro também voltou seus olhos ao Tribunal dos Estados Unidos. Este também desempenhou, em tal período, papel semelhante ao modelo europeu na medida em que exercia a função de reivindicar direitos fundamentais; adjudicação de disputas entre agências (e frequentemente na periferia central); monitorar o processo legislativo como “terceiras câmaras” virtuais do parlamento; abordar questões de justiça transicional (como a validade de julgamentos de ex-oficiais do regime); invalidar leis inconstitucionais e autoritárias; e, em alguns casos, abordando a própria constitucionalidade das emendas constitucionais (DALY, 2017, p. 86).

Ocorre que, o Supremo Tribunal Federal vem exercendo uma atuação que, além de misturar os modelos americano e alemão, ainda acrescenta um *plus* em poder de controle de constitucionalidade na medida em que, além de verificar a compatibilidade das leis em relação à Carta Magna, ainda atua frente à “omissão legislativa”.

Um episódico recente em nosso país foi a criminalização da homofobia e da transfobia pelo Supremo Tribunal Federal, momen-

to em que a Corte Suprema “reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT”¹⁷. Ora, tal posicionamento viola uma diretriz basilar da Constituição Federal de 1998 na medida em que não considera o princípio da legalidade ao assumir uma função que vai além do esperado pela corte, isto é, o papel de criminalizar condutas¹⁸.

Sem pretender entrar no mérito da questão, nota-se claramente um erro procedimental por meio de uma transferência de competência que originariamente se refere ao parlamento, a qual deveria ser exercida por representantes democraticamente eleitos, ou seja, há uma notória inconstitucionalidade ao suprimir as prerrogativas da soberania do legislativo e assim grave violação à separação dos poderes, elemento fundamental para a democratização¹⁹.

Diante do *case* mencionado, pode-se verificar que, equivocadamente, o Supremo assume o papel paternalista de minorias que, além de superego, se manifesta como o próprio construtor de uma democracia, sendo esta definida por um critério que foge ao processo eleitoral livre e justo, gerando um ativismo judicial motivado pelo déficit democrático predominante: a crise na representação política e a fraqueza da oposição (DALY, 2017, p. 99).

Oscar Vilhena Vieira (2008) denomina este fenômeno como *Supremocracia*, a qual manifesta a proeminência do Supremo Tribunal Federal na cena democrática brasileira pós-88 e a expansão de sua autoridade judicial, dialogando com as características acima mencionadas. Para o autor, a *Supremocracia* possui duplo sentido.

O primeiro sentido se trata de uma questão hierárquica, isto é, se refere à “autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do Judiciário” (VIEIRA, 2008, p. 444). É dizer que com o surgimento da Súmula Vinculante houve uma concentração do poder decisório nas mãos do Supremo de forma que suas decisões são impostas aos outros juízes, o colocando como protagonista na go-

17 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em 25 jan. 2020.

18 CF/88, art. 5º, inciso XXXIX: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

19 Muitos autores reconhecem esta atuação como ativismo judicial. Neste sentido: Américo Bedê Freire Júnior, José Geraldo Alencar Filho, Luiz Roberto Barroso.

vernança judicial.

O segundo sentido se refere justamente à “expansão da autoridade do Supremo em detrimento aos demais poderes” (VIEIRA, 2008, p. 445). Noutras palavras, a ideia reforça o pensamento de Daly na medida em que posiciona a Corte no centro político da democratização, a colocando em uma posição de destaque.

Segundo o autor,

A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador (VIEIRA, 2008, p. 445).

Neste sentido, na medida em que a Corte ultrapassa os limites de seu genuíno exercício, a *hiperjudicialização* brasileira leva à construção institucional da *Supremocracia*, que se estrutura por uma prolixa constituição e, conseqüentemente, uma ampla matéria constitucional.

Isto porque, a extensa possibilidade de acesso à Corte por meio de diversas ações de controle de constitucionalidade, bem como a diversificada legitimidade para garantir tal acesso (como o *amicus curie*, por exemplo), aumentam “a voltagem política”²⁰ do tribunal, o qual passa a decidir sobre questões que até então eram analisadas pelo corpo político.

Ocorre que, tal atividade revela uma revisão judicial que vai além dos limites de um tribunal constitucional em uma jovem democracia. Isto porque, embora não se negue tal função em uma democracia plena, **o papel central** da Corte Suprema no período de

20 Para Vieira (2008, p. 448), “os casos das células-tronco e dos anencéfalos são uma demonstração do potencial politizador deste mecanismo”.

transição e consolidação da democracia não deve ser a garantia de princípios constitucionais, mas a garantia de um processo eleitoral livre e justo.

Nas palavras de Daly (2017, p. 213), uma nova democracia é uma democracia apenas no sentido relativamente **mínimo** do governo eleito, ou seja, com uma Constituição democrática e instituições estatais organizadas sob a ótica dos princípios democráticos liberais (por exemplo, a separação de poderes), mas que não necessariamente sustentam um forte compromisso com aqueles princípios.

Parece-nos difícil reconhecer que no Brasil exista um processo eleitoral nos moldes democráticos, que dirá princípios constitucionais efetivamente concretizados. Citam-se como exemplo o fracasso da representatividade brasileira, ocasionada, dentre outros motivos, pelas as fórmulas eleitorais previstas para as eleições proporcionais.

Em suma, no Brasil respeita-se a regra das fórmulas bi operacionais²¹. Na primeira etapa são calculados o quociente eleitoral (*qe*) e o quociente partidário (*qp*) para distribuição das cadeiras básicas e posteriormente, na segunda fase, realiza-se o cálculo das sobras através do método denominado maiores médias.

Imperioso registrar que a principal justificativa do uso de fórmulas bem como do próprio sistema representativo é ampliar o acesso de minorias e de partidos considerados pequenos (BARROSO, 2006, p. 316), garantindo assim o pluralismo característico da democracia plenamente consolidada. Ocorre que, a maioria dos cidadãos não faz ideia da existência destes cálculos e como eles se efetuam, não são informados quanto a seu desenvolvimento, fator que danifica substancialmente a premissa democrática referente à compreensão esclarecida que abordamos no capítulo anterior. Além do mais, o fator matemático acaba por pesar mais na seleção de candidatos em detrimento da ideologia programática.

E mais, o eleitorado brasileiro, em sua esmagadora maioria,

21 As fórmulas foram estabelecidas no primeiro código eleitoral brasileiro, promulgado no século passado, e ainda estão presentes na legislação atual. O Código de 1932 previa no capítulo referente à representação proporcional, o seguinte: Art. 58, §5º Estão eleitos em primeiro turno: a) os candidatos que tenham obtido o quociente eleitoral (n. 6); b) na ordem da votação obtida, tantos candidatos registrados sob a mesma legenda quantos indicar o quociente partidário (n. 7). BRASIL. Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 24 fev. 1932, Seção 1.

além de escolher votar em um candidato, e não na legenda, não tem ciência de quais partidos integram uma coligação, o que ocasiona o desconhecimento por parte do cidadão de que seu voto poderá contribuir para a vitória de alguém que não o representante de fato.

Nota-se que o primeiro estágio para a transição democrática apresenta deficiência em nosso país que necessitar urgentemente mais uma reforma política do que de uma corte ativista. Neste sentido, deve-se esclarecer o papel que dever ser exercido pelo Supremo, de forma que se atente às seguintes funções:

- (I) Facilitar a criação de uma esfera pública democrática
 1. Manutenção dos principais direitos democráticos
 2. Moldar um sistema eleitoral inclusivo
 3. Limitar o ressurgimento do autoritarismo
- (II) Mediar a mudança de uma ordem não democrática para uma democrática
 4. Articular a relação entre a antiga e a nova ordem constitucional
 4. Abordar / eliminar legislação autoritária
 5. Abordar questões fundamentais da justiça transicional
- (III) Desempenhar um papel para o tribunal na nova ordem democrática
 7. Delineando a jurisdição do Tribunal
 8. Lidando com crises. (DALY, 2017, p. 157).

Em outras palavras, deve-se considerar a legítima participação popular no processo decisório para que o estado caminhe para uma comunidade efetivamente democrática. Assim, o Supremo Tribunal Federal deve centrar sua atividade em garantir que o sistema eleitoral seja representativo, justo e inclusivo; enfrentar os desafios constitucionais aos resultados eleitorais; auxiliar na elaboração do significado e escopo dos direitos de associação e reunião; interpretar ambiguidades constitucionais quanto ao formato do executivo; gerenciar relações centro-periferia (que podem não ser tão salientes em um estado unitário); e garantir a pluralidade e liberdade da mídia, contra a intervenção estatal e os monopólios privados, e espaço para o exercício do direito democrático central à liberdade de expressão de maneira mais ampla.

Com efeito, parafraseando Daly, o Tribunal não terá êxito em sua tarefa de construtor da democracia se não reivindicar os di-

reitos democráticos fundamentais e elaborar interpretações expansivas de seu escopo sujeitos à delimitação, quando usados como um meio de subverter os direitos dos outros ou com o objetivo de ameaçar, em sentido real, a existência da ordem democrática.

De igual forma, o tribunal falhará em sua tarefa se permitir restrições arbitrárias ou desproporcionais ao acesso à arena eleitoral; como um limiar eleitoral injustificadamente alto para obter representação no parlamento. O tribunal falhará em sua tarefa se não abordar com robustez o potencial ressurgimento do autoritarismo, incluindo, em particular, tentativas de acumular poder em um local e subverter a divisão funcional do poder do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas páginas precedentes observou-se que o período pós-guerra inaugurou uma atividade jurisdicional nunca vista antes. Tanto no âmbito internacional quanto na esfera doméstica, foram criados e fortalecidos tribunais regionais e constitucionais a fim de promover um processo de democratização em nível mundial.

As potências derrotadas do eixo europeu, principalmente a experiência alemã, considerada como exemplo de caminho de sucesso para uma democracia consolidada, se estruturaram em uma forte revisão judicial como “equipamento padrão” para conduzir a transição do totalitarismo ao governo popular.

Com efeito, desde 1945 as “ondas da democratização” se espalharam pelo mundo chegando à América Latina, onde as jovens democracias importaram o modelo centrado nas cortes e confiaram aos tribunais supremos a função chave de democratizar o Estado.

No Brasil, tal contexto, que ignorou as condições diversas do sul global e local, estabeleceu um paternalismo sem precedentes do Poder Judiciário na medida em que localizou hierarquicamente o Estado-Juiz no topo dos poderes, centralizando o poder decisório, político e judicial, nas mãos de ministros não eleitos para garantir a proteção de direitos e a inclusão de minorias até então marginalizadas, como se os elementos democráticos fossem reduzidos à justiça social.

Ocorre que, ao construir uma jurisprudência da democrati-

zação ao *judicializar* questões que deveriam ser tratadas pelo parlamento e pelo executivo, o contexto brasileiro acabou por formatar uma condição específica de controle de constitucionalidade e acesso ao judiciário, deixando sempre a “última palavra” nas mãos do Supremo Tribunal Federal.

Tal fenômeno, pretendendo assegurar garantias mínimas e fundamentais, acaba por gerar uma democracia *judicializada*, a qual pode ser chamada de *Supremocracia* e, como efeito reverso, ignora o principal papel que uma corte deveria exercer numa jovem democracia, qual seja moldar um sistema eleitoral inclusivo para facilitar uma esfera pública democrática, haja vista que a base nuclear da democracia consiste no processo eleitoral justo e livre.

Neste sentido, concluiu-se que o Supremo Tribunal Federal Brasileiro vem ultrapassando os limites de sua atuação na democratização do Brasil, cuja ordem política foi fora redemocratizada na esfera formal recentemente, na medida em que assume uma supremacia constitucional e não prioriza a principal necessidade do país neste processo transacional, isto é, o fortalecimento do parlamento, e não do Judiciário, é medida mais urgente para garantir uma democracia consolidada.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: uma proposta de sistema de governo eleitoral e partidário para o Brasil. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 3, p. 287-360, jul./set. 2006.

BRASIL. Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 24 fev. 1932. Seção 1.

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

DALY, Tom Gerald. *The alchemists: Questioning our Faith in Courts as Democracy-Builders*. New York: Cambridge University

Press, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

HUNTINGTON, Samuel. *A terceira onda: a democratização no final do século XX*. São Paulo: Ática, 1994.

JORIO, Israel Domingos. *Presunção e normatização do dolo e sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2014. 467 f. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória FDV, Vitória, 2014.


MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 58, p. 183-202. 2000.

MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, 1997, vol. 11, n. 30, mai./ago. 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200003. Acesso em: 17 jan. 2020.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SAID FILHO, Fernando Fortes. A crise do Poder Judiciário: Os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à justiça. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 142, p. 175-200, jun. 2017.

SCHNEIDER, C. *The consolidation of democracy: Comparing Europe and Latin América*. Routledge: 2008.



**Do superego à supremocracia: uma análise do papel do STF
na democratização do Brasil sob a ótica de Tom Daly**

O acesso à justiça e a abordagem das capacidades: uma análise a partir das assessorias jurídicas populares

Ana Gabriela Camata Zanotelli

1 INTRODUÇÃO

Amartya Sen (2011) inicia sua obra *A ideia de justiça* expondo a impossibilidade de se atribuir uma ideia única e universalmente aceita de *justiça*. Seria precisamente em um cenário de *injustiça* que se conceberia a mais clara imagem do que é justo. Porém, o forte senso de injustiça pode, segundo Sen, basear-se em diferentes fundamentos e dificilmente em uma única “razão dominante”. Partindo de tal ideia central, o autor mobiliza duas categorias que, no sânscrito clássico, significam “justiça”: *niti* e *nyaya*. *Niti* é usada para referir-se à “adequação de um arranjo institucional e a correção de um comportamento”; *nyaya* refere-se a “um conceito abrangente de justiça realizada”. Para o autor (Ibidem, p. 50), as instituições, regras e organizações devem ser analisadas a partir de uma concepção ampla e inclusiva de *nyaya*, que está ligada ao mundo fático, com todas suas complexidades e potencialidades - e não apenas às instituições ou normas vigentes em um determinado espaço e tempo. Tal distinção é de fundamental importância à abordagem das capacidades, que se fundamenta justamente no julgamento da própria sociedade e de suas realizações concretas, a fim de prevenir injustiças manifestas no mundo, abdicando-se de buscar o que seria considerado “perfeitamente justo”.

A indefinição da ideia de justiça corrobora as inúmeras interpretações que se dão à noção de “acesso à justiça”. As antigas concepções centradas no Judiciário e no mero acesso aos órgãos

estatais já consistem em posicionamentos superados pela teoria, cedendo lugar a uma abordagem do acesso à justiça enquanto garantia a uma ordem justa, fundada em princípios democráticos. Tendo em vista a concepção de justiça social, desenvolvida por Amartya Sen e pela filósofa estadunidense Martha Nussbaum, o presente artigo pretende relacionar a abordagem das capacidades com a ideia de acesso à justiça - entendida, a princípio, como garantia de efetividade de direitos - com fins de deslocar a discussão sobre justiça de uma perspectiva teórica ideal e trazê-la para o âmbito material da vida do indivíduo (como sujeito histórico).

O foco de Sen (2011) recai sobre o que chama de *capacidades*, destacando aquelas que seriam consideradas centrais para a garantia da dignidade de todo e qualquer indivíduo, como saúde, alimentação, educação e participação política. Apesar de não apresentar uma lista de capacidades básicas a serem asseguradas - como faz Nussbaum -, ele relaciona tal abordagem a uma ideia de justiça básica. Nussbaum, em um estudo posterior (2013b), defende que o desenvolvimento das capacidades é fundamental para a garantia de uma justiça social mínima e, por isso, as capacidades centrais devem estar previstas constitucionalmente em todas as nações. Sua abordagem pressupõe uma forte relação das capacidades com a lei e as políticas institucionais domésticas.

Parto da hipótese de que a assessoria jurídica popular - como um fenômeno representativo do avanço na “luta” por acesso à justiça - é capaz de garantir, pelo menos, a luta pelo acesso mínimo às capacidades necessárias à dignidade humana. As capacidades presentes na lista de Nussbaum são consideradas direitos humanos centrais que devem ser devidamente previstos em leis internas e efetivamente aplicados por políticas institucionais. Todos os indivíduos, sem distinção, teriam direito a todas as capacidades até um nível mínimo adequado, sob pena de ocorrer o que a autora chama de *falha na justiça*. Conforme Nussbaum (2013b, p. 31), a abordagem das capacidades foca na proteção de liberdades tão centrais que, se removidas, tornam a vida não digna.

A abordagem das capacidades, como se vê, levanta interessantes questões na discussão sobre acesso à justiça - algumas das quais serão brevemente exploradas no presente artigo. O que se pretende, por ora, é apresentar as principais implicações de tal abor-

dagem no cerne da teoria de justiça, relacionando-a à atividade desenvolvida pela assessoria jurídica popular, principalmente no que concerne à definição de estratégias por tais atores (advogados populares e movimentos sociais) dentro das arenas jurídica e política.

2 O ACESSO À JUSTIÇA

Ante às inúmeras concepções possíveis da ideia de justiça, o acesso à justiça adquire um viés muito mais definido, mas não limitado. Prevalece uma abordagem jurídica dogmática do termo, que é concebido como um direito básico previsto na Constituição Federal do Brasil. Não se deve limitar, porém, o acesso à justiça ao mero acesso às instituições do Poder Judiciário. Debora Rode (2004, p. 7 apud FIGUEIREDO, 2008, p. 1) assevera que “o pressuposto é que a justiça social está disponível através da justiça processual. Mas isso, é claro, é uma preposição duvidosa. Aqueles que recebem o seu “dia no tribunal” não sentem necessariamente que “a justiça foi feita”, e com razão” (tradução nossa).

Nesse sentido, a ideia de justiça, que se pretende aqui abordar, advém da teoria da justiça social, que, segundo Nussbaum (2013a, p. 40), não pretende solucionar todos os problemas distributivos, mas especificar um mínimo social, a partir da garantia de que todos os cidadãos tenham acesso às dez capacidades centrais que abarcam várias áreas da vida humana - as quais serão trabalhadas no tópico seguinte deste trabalho. Isto posto, resta aqui definir a que *justiça* faço referência quando menciono a expressão *acesso à justiça*. Opto por partir de uma ideia enraizada na prática, que se desvincula de uma concepção universal e abstrata para fazer referência à justiça como processo ativo, construído no dia-a-dia por sujeitos historicamente localizados em busca da realização de condições dignas de vida.

Mauro Capelletti e Bryant Garth, amplamente citados por seu trabalho sobre acesso à justiça, otimizam tal conceito afastando-o, mesmo que em parte, de um estudo tipicamente formalista e dogmático. Segundo eles, com o reconhecimento de direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos, “o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido

como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação” (1988, p. 11).

Os autores citam alguns obstáculos ao exercício efetivo do direito de acesso à justiça. A chamada “possibilidade das partes” é um dos principais empecilhos citados, e abarca não só a ausência de recursos financeiros - que impossibilita que os mais pobres tenham entrada no sistema judiciário - como a inexistência de aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação em sua defesa. A dificuldade em identificar a existência de um direito exigível juridicamente, obter um reconhecimento jurídico mínimo e até mesmo ajuizar uma demanda inibe o engajamento do povo na defesa de seus direitos - mesmo aqueles já assegurados na lei. Ou seja, para um pleno acesso à justiça é necessário que os cidadãos, em sua totalidade, tenham conhecimento de seus direitos, bem como consciência que os permita discernir e perceber situações de injustiça, capazes de lhes possibilitar, pelo menos, o acionamento dos instrumentos necessários ao acesso ao Judiciário, ou, no âmbito político, a manifestação e organização coletiva.

Outro obstáculo apontado pelos autores diz respeito à reunião, ou seja, os autores mencionam que as partes interessadas geralmente encontram-se dispersas e a falta de compreensão acerca do cenário em que estão inseridas impossibilita a organização para a demanda e a combinação de uma estratégia comum. “Em suma, podemos dizer que, embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso.” (CAPELLETTI, GARTH, 1988, p. 27).

Em suma, Garth e Capelletti pensam o acesso à justiça a partir de três ondas renovatórias, quais sejam: a assistência judiciária gratuita à população pobre, a proteção dos interesses difusos e o acesso à justiça em sentido estrito (por meio de reformas legais processuais, desenvolvimento de meios informais de resolução de conflitos, etc). A perspectiva que será aqui abordada diz respeito especificamente à prática da assistência judiciária popular como um dos meios capazes de possibilitar um efetivo acesso à justiça e remover obstáculos centrais de acesso à justiça.

3 A CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA A PARTIR DA ABORDAGEM DAS CAPACIDADES

A abordagem das capacidades pressupõe uma ideia de justiça baseada na liberdade. Amartya Sen e Martha Nussbaum, em diferentes medidas, afastam-se de uma teoria transcendental, que concebe a justiça como produto de um contrato imaginário - como observado na teoria liberal de John Rawls - e analisam a questão do desenvolvimento humano e da justiça social na prática, a partir da própria realidade concreta. Sen justifica a superação do institucionalismo transcendental afirmando que “instituições e regras são, naturalmente, muito importantes para influenciar o que acontece, além de serem parte integrante do mundo real, mas as realizações de fato vão muito além do quadro organizacional e incluem as vidas que as pessoas conseguem - ou não - viver” (2011, p. 48).

O autor, neste sentido, desenvolve a teoria das capacidades partindo de uma pergunta central: “igualdade de quê?”. Ao considerar o princípio da igualdade com base na afirmação de que “todos os homens são iguais” ou “todos os homens nascem iguais”, acaba por se ignorar as variações e distinções interpessoais. Para que a desigualdade entre duas ou mais pessoas seja medida deve-se levar em conta o que chama de *variável focal* - aquela sobre a qual recai o foco de análise ao se comparar pessoas diferentes, seja ela a renda, a felicidade, os bens, etc. O autor refere-se à escolha das variáveis focais como a “escolha do espaço” de análise. Uma maneira singular de avaliar a igualdade e a desigualdade seria por meio da escolha de um espaço particular: a *capacidade* de uma pessoa para realizar *funcionamentos* que ela tem razão para valorizar.

A abordagem das capacidades é crítica, em parte, à teoria da justiça de Rawls - apesar de reconhecer a grande importância do autor para o reavivamento da discussão acerca da justiça. A teoria rawlsiana tem a equidade como ponto central e baseia-se na exigência de imparcialidade, construída a partir da ideia de posição original - situação hipotética em que todos os indivíduos, sem conhecimento de suas próprias identidades, estariam livres de interesses e preocupações pessoais. Para Rawls (2002), na posição original seriam

eleitos princípios de forma unânime, os quais, por sua vez, fundamentariam uma sociedade bem-ordenada com estrutura básica formada por instituições justas. Os princípios da justiça identificados por Rawls seriam a liberdade (o “primeiro princípio”) e a igualdade de oportunidades e distribuição de recursos - que ele chama de “bens primários”, ou seja, meios úteis para se atingir os fins desejados. As desigualdades, para o autor, seriam aceitas, desde que resultassem em uma melhor situação para os menos favorecidos.

Sen destaca as potencialidades da teoria rawlsiana, mas é a partir das críticas à tal teoria que desenvolve sua abordagem da justiça a partir das capacidades. Para Sen, a ideia de equidade desenvolvida por Rawls é fundamental para a ideia de justiça: “Rawls faz outra contribuição básica ao apontar para os ‘poderes morais’ que as pessoas têm, relacionados com sua ‘capacidade para um senso de justiça’ e ‘para uma concepção de bem’ (2011, p. 93). O autor também destaca a importância que Rawls dá à liberdade e à questão da desigualdade entre indivíduos, que serviu de base a uma vasta literatura sobre desigualdades no campo das ciências jurídicas e sociais.

Por outro lado, a teoria de Sen distancia-se da teoria rawlsiana justamente por esta, para o autor, negligenciar o fato de que duas pessoas com o “mesmo pacote de bens primários” possam possuir diferentes graus de liberdade para buscar suas respectivas concepções de bem. Ou seja, tanto os bens primários formulados por Rawls como os recursos de Dworkin não podem ser tidos como constitutivos da liberdade, sendo melhor concebidos como meios para a liberdade. O “erro” de Rawls teria sido o fato de se concentrar apenas nos meios para a liberdade e não na extensão da liberdade, necessária para a busca de fins. A inovação de Sen, nesse sentido, foi chamar a atenção para a necessidade de duas abordagens de liberdade: a liberdade para se definir os fins pretendidos, e o poder e extensão que ela possui para converter bens primários em satisfação desses fins.

A conversão de bens primários - principalmente renda e riquezas - em funcionamentos, ou seja, as características de boa vida e o tipo de liberdade valorizados pelo indivíduo, depende de alguns fatores, destacados por Sen (2011, p. 289): as heterogeneidades pessoais, as diversidades no ambiente físico, as variações no clima social e as diferenças de perspectivas relacionais. Todas essas

**O acesso à justiça e a abordagem das capacidades:
uma análise a partir das assessorias jurídicas populares**

contingências alteram o modo que uma pessoa transforma renda em boa vida, por exemplo. Os indivíduos em uma sociedade agem sob influência da natureza e do funcionamento do mundo a seu redor, por tal motivo o autor critica o chamado “individualismo metodológico”, que enxerga as capacidades como atributos pessoais apenas. Para o autor,

levar em conta o papel do ‘pensar, escolher e fazer’ por parte dos indivíduos é apenas o começo do reconhecimento do que realmente acontece [...], mas não podemos acabar por aí, sem uma apreciação da profunda e pervasiva influência da sociedade em nosso ‘pensar, escolher e fazer’ (SEN, 2011, p. 279.).

Martha Nussbaum, por sua vez, desenvolve a abordagem das capacidades conceituando-as como “condições necessárias para que uma sociedade seja dignamente justa, na forma de um conjunto de direitos fundamentais para todos os cidadãos” (2013a, p. 191). Citando Sen, ela afirma que “capacidades são o que Sen denomina “liberdades substanciais”, um conjunto de (geralmente interrelacionadas) oportunidades para escolher e agir” (2013b, p. 20). A lista das capacidades está contida na lista das garantias constitucionais que devem ser implementadas pela ação legislativa e judicial. Para a autora,

uma das maneiras de as nações frequentemente promoverem a segurança da capacidade (“capability security”) é por meio de uma constituição escrita que não pode ser emendada exceto por um processo supra majoritário trabalhoso. Mas a constituição por si só não compete, e somente contribui à segurança com a presença de um acesso adequado a Cortes, e justificada confiança no comportamento dos juizes. (2013b, p. 42) (Tradução nossa).

As capacidades não são encaradas como um meio para se atingir uma vida com dignidade, mas sim como “maneiras efetivas de se ter uma vida com dignidade humana nas diferentes áreas das atividades humanas” (2013a, p. 199). A lista das capacidades desenvolvida pela autora aspira a mobilidade dos indivíduos entre as diferentes áreas da vida (saúde, vida, educação etc), capacitando-os para que eles próprios definam quais seriam as formas dignas de se

viver cada uma delas. A vida com dignidade humana seria aquela constituída pela posse das capacidades da lista, de modo que o justo e o bom estejam entrelaçados.

Nussbaum filia-se ao posicionamento de Amartya Sen ao criticar a teoria de Rawls, segundo a qual o bem-estar seria medido a partir da distribuição de bens primários, principalmente rendas e riqueza. A autora defende que os bens primários deveriam ser substituídos pela lista de capacidades, uma vez que aqueles não seriam adequados para medir o bem-estar de uma pessoa portadora de deficiência, por exemplo. Logo, a variabilidade de recursos e habilidades em converter tais recursos em funcionalidades entre indivíduos justifica o enfoque dado sobre as capacidades.

Além da perspectiva liberal rawlsiana, os autores também distanciam-se da teoria utilitarista da justiça. Apesar de a abordagem utilitarista buscar a medida da qualidade de vida dos indivíduos a partir da realização de sua satisfação pessoal em relação às suas próprias vidas, tal abordagem não mostra-se suficientemente democrática. Nussbaum (2013b) destaca que mesmo que os utilitários priorizem satisfação em vez de riqueza, tal abordagem teria o mesmo problema que o julgamento do desenvolvimento de uma nação através do PIB: uma nação pode possuir um alto nível de utilidade total, mesmo que algumas pessoas, em piores condições sócio-econômicas, sofram. Além disso, a ideia de satisfação e prazer não pode ser comensurável, como sugerem os utilitários, e guarda um componente fortemente pessoal. Em suma, a teoria utilitária desvaloriza a liberdade. Para os adeptos da abordagem das capacidades, a liberdade para agir e escolher é um fim, e não meramente um meio: ao focar na satisfação como um objetivo final, os utilitários não captam a importância da liberdade. Sen (2011) destaca que enquanto o utilitarismo de Jeremy Bentham foca no prazer e felicidade individual como meio de avaliar e comparar os indivíduos entre si, a abordagem das capacidades avalia a vantagem pessoal a partir da liberdade e possibilidade de uma pessoa em realizar e atingir a vida que deseja.

Na obra *Creating Capabilities* (2013b), Nussbaum apresenta as dez capacidades básicas, que devem ser garantidas, pelo menos em um nível mínimo, a todo ser humano para a realização de uma vida justa. São elas: vida; saúde corporal; integridade corporal; júi-

zo, imaginação e pensamento; emoções; razão prática; afiliação ou associação; convívio com outras espécies; lazer; controle sobre o ambiente político e material. A lista é feita para ser a base de um consenso sobreposto em uma sociedade pluralista que admite várias teorias morais abrangentes e parte de uma ideia geral das possibilidades de realização humana. A autora realiza uma interessante distinção entre capacidades internas e capacidades combinadas: as características pessoais do indivíduo constituem suas capacidades internas, as quais, porém, só serão funcionais se a sociedade em que está inserido possibilitar seu desenvolvimento e nutri-las. Garantir, portanto, que todos atinjam um nível mínimo de capacidades combinadas é um meio de tratar a totalidade das pessoas com igual respeito. Além disso, a autora chama a atenção para os funcionamentos, que seriam a realização ativa de uma ou mais capacidades. Ou seja, a capacidade centra-se na liberdade e na oportunidade de escolha e deve levar ao funcionamento: somente quando o indivíduo realmente “funciona” (ou opera dada capacidade) é que se realiza a justiça social.

A partir dos estudos de Jonathan Wolff e Avner De-Shalit’s sobre a abordagem das capacidades, Nussbaum (2013b, p. 43) analisa três importantes conceitos por eles desenvolvidos: segurança da capacidade (“capability security”), segundo o qual o governo deve não só promover as capacidades, mas garanti-las para o futuro; funcionamento fértil (“fertile functioning”), que trata daqueles funcionamentos que promovem outras capacidades nas diferentes áreas da vida; e desvantagem corrosiva (“corrosive disadvantage”), referente à privação de dada capacidade que afeta as demais capacidades do indivíduo. Essas categorias apontam para as formas de atuação que devem ser priorizadas pelas políticas públicas nacionais com o intuito de promover o desenvolvimento das capacidades individuais e da vida humana como um todo.

A afiliação ou associação, bem como a educação consistem, neste sentido, em funcionamentos férteis, uma vez que sustentam o desenvolvimento de diversas outras capacidades em diferentes áreas da vida. Nussbaum cita a afiliação e a razão prática como capacidades centrais, que possuem o papel arquitetônico de organizar e penetrar as demais. A razão prática diz respeito ao empoderamento e planejamento da vida por parte do indivíduo, de forma a organi-

zar as demais capacidades e optar pela melhor forma de organizar a própria vida; trata-se de uma oportunidade para escolher e ordenar os funcionamentos correspondentes às demais capacidades. A afiliação, ou associação, por sua vez, ocupa lugar central na promoção da dignidade humana, pois perpassa a ideia de respeito mútuo, cooperação e reconhecimento do indivíduo como ser social. Neste ponto, interessante observar a relação entre a capacidade de afiliação apontada por Nussbaum e a perspectiva de acesso à justiça, conforme desenvolvida por Capelletti e Garth. Ambas atravessam justamente a questão da importância do processo de tomada de consciência em relação a direitos aliado à garantia de associação e reunião como indispensáveis à efetividade de direitos e realização das demais capacidades.

Neste sentido, destaca-se o papel exercido pela assessoria jurídica popular. Pode-se afirmar que a atividade desenvolvida por advogados populares incorpora capacidades centrais, transformando-as em funcionamentos que operacionalizam os princípios de dignidade humana. Seja por meio da organização popular e comunitária, de ações coletivas políticas e jurídicas e/ou estratégias sócio-educativas perante as comunidades e sujeitos assistidos, os advogados e assessores jurídicos populares dedicam-se à promoção de uma consciência de direitos, que, por sua vez, permite que indivíduos se auto compreendam como agentes de mudanças sociais e atores em um processo de luta por acesso à justiça. Passo, a seguir, a tratar especificamente desta experiência.

4 A ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR E O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

A assessoria jurídica popular realiza um trabalho jurídico alternativo de apoio e assistência àqueles que por variados motivos encontram obstáculos para acessar o Poder Judiciário, efetivar direitos assegurados e lutar pelo reconhecimento de novos direitos. Por uso alternativo do direito entende-se “as diversas ações jurídicas em que a normatividade e sua aplicação por parte dos tribunais e instâncias administrativas favoreçam os interesses do povo ou classes dominadas” (RANGEL, 1990, p. 32, tradução nossa).

O acesso à justiça e a abordagem das capacidades: uma análise a partir das assessorias jurídicas populares

Assim pode ser conceituada a prática da assessoria jurídica popular:

A assessoria jurídica popular, amplamente concebida, consiste no trabalho desenvolvido por advogados populares, estudantes, educadores, militantes dos direitos humanos em geral, entre outros, de assistência, orientação jurídica e/ou educação popular com movimentos sociais, com o objetivo de viabilizar um diálogo sobre os principais problemas enfrentados pelo povo para a realização de direitos fundamentais para uma vida com dignidade, seja por meio dos mecanismos oficiais, institucionais, jurídicos, seja por meios extrajurídicos, políticos e de conscientização (RIBAS, 2009, p. 46).

O trabalho desenvolvido pelas assessorias jurídicas populares é marcado pelo forte envolvimento pessoal dos advogados nas causas, as quais, ao superar um âmbito meramente jurídico, substanciam-se em uma luta política em que o direito é mobilizado apenas como um dos instrumentos estratégicos de luta. Os advogados ativistas são parceiros na construção de demandas e adotam a perspectiva da litigância estratégica - uso tático do direito - simultaneamente à adoção de outras táticas políticas, com destaque para atividades de conscientização e educação de grupos e comunidades, visitas a campo, lobbies políticos e reuniões com assistidos e representantes públicos, com o objetivo de unir interesses e forças para um dado objetivo jurídico-político.

A abordagem das capacidades encontra-se intrinsecamente relacionada à política doméstica e internacional de defesa de direitos humanos. Nussbaum afirma que “o terreno comum entre a abordagem das capacidades e dos direitos humanos repousa na ideia de que todos possuem direitos fundamentais somente em virtude de sua humanidade, e o dever básico da sociedade é respeitar e apoiar tais direitos” (2013b, p. 62). Logo, abordar capacidades significa abordar direitos que garantam uma vida minimamente digna a todos os cidadãos. Ao governo nacional cabe, segundo a autora, garantir a distribuição mínima de todos os direitos por meio de suas instituições administrativas e judiciárias. A abordagem das capacidades, portanto, abarca a linguagem dos direitos, estando positivamente expressa em legislações nacionais e internacionais. A importância da abordagem das capacidades, para a autora, é justamente o fato de ela

resguardar e enfatizar a noção de justiça básica.

A assessoria jurídica popular, nesse cenário, atua de forma crucial na promoção e desenvolvimento de capacidades, consubstanciadas em direitos humanos, a fim de gerar funcionamentos que garantam uma vida minimamente digna. Destaca-se a atuação de advogados populares em questões agrárias, raciais, indígenas, habitacionais, carcerárias, de gênero, entre outras que envolvem direitos fundamentais básicos frequentemente negados a grande parcela da população. Os movimentos sociais, assim, destacam-se como um dos principais aliados neste processo de confronto político e resistência. A organização interna e a dinâmica do movimento social na construção de estratégias institucionais e não-institucionais de manifestação e luta auxilia no processo de conscientização de indivíduos afetados pela violação de direitos, possuindo, assim, um poder agregador, mobilizador e consolidador de demandas político-sociais.

Ricardo Pazello (2014, p. 490) destaca o caráter combativo do direito quando utilizado como instrumento de luta política por movimentos sociais. O autor desenvolve o conceito de direito insurgente a partir da crítica marxista ao direito, e assim afirma:

Diante das relações que, por exemplo, os movimentos populares integram, o uso combativo do direito aponta para os enfrentamentos e reivindicações possibilitados pela ordem. Trata-se da utilização dos remédios jurídicos tal qual eles funcionam, sempre que permitam, ainda que a um nível meramente discursivo, o apoio da causas populares. Faz parte do uso combativo do direito todo reclamo de igualdade ou liberdade que, como sabemos, é bandeira tremulante da burguesia revolucionária. Assim, direitos e garantias fundamentais, de patamares constitucionais ou não, podem ser mobilizados nesse contexto. Sempre lembrando que se trata de uma mobilização que tenha por ponto de partida a compreensão de que os direitos fundamentais o são porque estão dentro de um sistema de relações sociais próprio.

Luiz Otávio Ribas (2009), outro pesquisador dedicado à temática da advocacia popular no Brasil, a partir dos estudos do professor Antonio Carlos Wolkmer, situa a prática jurídica insurgente dos movimentos populares como uma expressão prática do chamado pluralismo jurídico - uma abordagem teórica crítica que considera

O acesso à justiça e a abordagem das capacidades: uma análise a partir das assessorias jurídicas populares

como legítimas as diferentes manifestações ou práticas normativas de grupos e comunidades num mesmo espaço sócio-político. Superando a perspectiva monista que legitima um único ordenamento jurídico, o estatal, o pluralismo reconhece que o contexto de conflitos ou consensos, oficiais ou não, geram novas normas e manifestações de Direito, tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais ou culturais de indivíduos. Reconhece-se, portanto, as múltiplas fontes do direito como fruto de relações sociais e influenciadas pela política, religião e cultura.

Não se pretende aqui realizar uma exposição densa acerca do direito insurgente ou da concepção pluralista do direito, mas apenas apontar que, na luta pelo acesso à justiça - tida como justiça social nos termos de Nussbaum - faz-se necessário o uso criativo de instrumentos jurídicos a favor de movimentos sociais, mesmo que estes questionem o próprio sistema estatal e lutem por sua reforma. As assessorias jurídicas populares, formadas por advogados tidos como ativistas e amplamente envolvidos nas lutas políticas diárias, facilitam a “entrada” desses atores em arenas jurídico-institucionais, traduzindo lutas políticas em demandas jurídicas e garantindo, dentro da ordem vigente, que o mínimo de cada uma das capacidades necessárias a uma vida digna seja assegurado.

Capelletti e Garth abordam a questão do acesso à justiça principalmente a partir dos obstáculos para acessar o Poder Judiciário. Apesar de já superarem, em parte, as antigas concepções fortemente dogmáticas e formalistas, os autores pouco avançam em relação à perspectiva extrajudicial. A adoção de uma perspectiva insurgente do direito a partir de uma concepção do pluralismo jurídico é adotada como capaz de abarcar outros métodos e meios de acesso a uma ordem jurídica justa, os quais não necessariamente perpassam o campo Judiciário. Neste sentido, aponta Miguel Pressburger, um dos principais e mais citados advogados populares brasileiros:

Por sua marginalização, amplos setores da população são incapazes de exercerem minimamente a cidadania, sendo-lhes vedado ou obstaculizado o acesso à justiça, ou quando ascendem a prestação jurisdicional é indefinidamente retardada ou invariavelmente as decisões têm caráter classista antipopular; não lhes sendo reconhecido o mais elementar direito. [...] No entanto, as comunidades urbanas e rurais às margens do Estado de Direito têm criado internamente normas de conduta que

têm vigência e eficácia, tal como o direito estatal normatizado. Essas normas de conduta, verdadeiras normas consensuais pois não escritas, têm se demonstrado adequadas e eficientes, por melhor levar em conta as relações sociais vigentes (PRESS-BURGER, 1990, p. 11).

As assessorias jurídicas populares relacionam-se com o direito de forma não convencional, encarando-o como um dos instrumentos possíveis na luta política por direitos sociais básicos. O uso tático do direito é um dos meios utilizados por advogados ativistas no processo de confronto contra o próprio sistema vigente e suas injustiças. Ao lado da luta por acesso às Cortes, por meio do direito estatal posto - que é ideológico e parcial - o respeito às práticas e princípios de grupos sociais organizados (mesmo que não circunscritos pela positividade estatal) é indispensável a um acesso à justiça.

Como as formas possíveis de manifestação são previamente definidas pelo ordenamento estatal, por meio de processos jurídicos e administrativos legalmente previstos, as assessorias jurídicas populares desenvolvem o importante trabalho de assegurar um acesso, mesmo que mínimo, à justiça. Falar de acesso à justiça, aqui, consiste em superar um nível meramente procedimental de acesso a Tribunais e garantir a participação de indivíduos em espaços, institucionais ou não, até então negados. A reunião, educação e conscientização transpõem obstáculos de acesso à justiça e possibilitam a argumentação racional pública e a ordenação de demandas de justiça ao Estado e à sociedade.

Sen aponta a importância da indignação e frustração, bem como da argumentação nos momentos de injustiça. A raiva pode ajudar a motivar aqueles que experimentam alguma situação de injustiça, e antecede o momento crucial de avaliação racional, necessária para que se chegue a soluções eficazes. A assessoria jurídica popular equaciona tais sentimentos de fúria com o objetivo de suscitar uma reflexão acerca da situação de injustiça e suas possíveis explicações. O apelo ao uso público da razão se faz necessário por se entender que a exigência de justiça não pode ocorrer de forma solitária, mas decorre de uma reflexão racional pública que engloba diversas perspectivas e uma pluralidade de razões. Sen atribui grande importância à argumentação racional pública em sua teoria e afirma que a concepção de justiça por ele defendida fundamenta-se na necessi-

dade de se aceitar a pluralidade de razões cabíveis num exercício de avaliação. Os juízos sobre justiça precisam assumir a tarefa de acomodar vários tipos de razões e considerações avaliatórias, e não podem ser reduzidos a um único grupo de valores universalmente aceitos.

Cabe ao Estado, para Nussbaum, garantir que todos os cidadãos tenham acesso a um nível mínimo de capacidades, e que estas possam ser transformadas em funcionamentos, ou seja, em estilos de vida perseguidos pelos indivíduos, por mais variados que sejam. Se há uma relação intrínseca entre as capacidades centrais e a atividade estatal é porque todos os direitos estão correlacionados com deveres: à medida que as pessoas possuem direitos, há o dever de garanti-los.

As capacidades básicas (centrais) devem ser garantidas e estimuladas pelo Estado minimamente justo por meio de leis e políticas públicas. É necessário que os cidadãos tenham acesso a uma educação, saúde, alimentação e participação de qualidade e, mais do que isso, que esse acesso possibilite a transformação de suas próprias vidas. Daí a importância da liberdade, base da teoria de justiça social desenvolvida pelos autores aqui analisados. Todos os indivíduos devem gozar de liberdade não só para escolherem a vida ou a concepção de bem que desejam, mas para transformar capacidades em satisfação desses fins.

REFERÊNCIAS

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabres, 1988.

FIGUEIREDO, Ivanilda. O Acesso à Justiça e a Teoria da Capacidade (Sem e Nusbaum). In: *ANDHEP: IV encontro*. Vitória, 2008. Anais do IV encontro. Vitória: ANDHEP, 2008.

NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Martins Fontes, 2013a.

NUSSBAUM, Martha. *Creating Capabilities: the human develop-*

pment approach. United States of America: Harvard University Press, 2013b.

PAZELLO, Ricardo Prestes. *Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, 2014.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

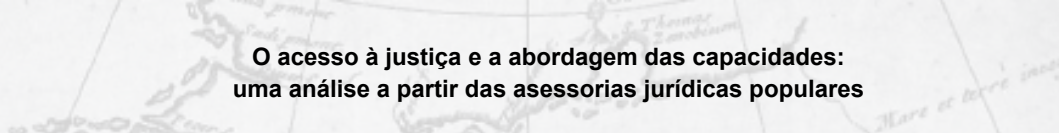
RIBAS, Luiz Otávio. *Direito insurgente e pluralismo jurídico: assessoria jurídica de movimentos populares em Porto Alegre e no Rio de Janeiro (1960-2000)*. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria do Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

PRESSBURGER, Miguel. *Direito Insurgente: o Direito dos Oprimidos*. Em: RECH, Daniel; PRESSBURGER, Miguel; ROCHA, Osvaldo Alencar; TORRE RANGEL, Jesus A. de la. *Direito insurgente: o direito dos oprimidos*. Coleção Seminários, n. 14. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, set. 1990.

RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. *Los pobres y el uso do derecho*. Em: RECH, Daniel; PRESSBURGER, Miguel; ROCHA, Osvaldo Alencar; TORRE RANGEL, Jesus A. de la. *Direito insurgente: o direito dos oprimidos*. Coleção Seminários, n. 14. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, set. 1990.

SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.



**O acesso à justiça e a abordagem das capacidades:
uma análise a partir das assessorias jurídicas populares**

Utilitarismo, políticas públicas e indenizações por acidente de serviço nas forças de segurança do Estado do Espírito Santo

André Porto

1 INTRODUÇÃO

Os acidentes de trabalho infelizmente acontecem diariamente pelo mundo afora. De acordo com Organização Internacional do Trabalho (OIT) “[...] a cada 15 segundos, morre um/a trabalhador/a em virtude de um acidente de trabalho [...]. Ou seja, 6.300 mortes por dia num total de 2,3 milhões de mortes por ano” (OIT, 2021).

Assim muitos sistemas de previdência bem como o brasileiro e estaduais, visam prever estes acontecimentos e, por conseguinte buscar delimitar como serão as compensações por acidente ou morte durante o trabalho. Assim, o presente estudo vai avançar sobre a Lei nº 8.279/2006 do Estado do Espírito Santo (trata dos acidentes em serviço na Polícia e Bombeiro Militares) analisando resquícios de princípios e valores utilitaristas até os dias atuais.

A metodologia será a de pesquisa bibliográfica. A partir disso, serão analisados alguns conceitos referentes a acidentes de trabalho segundo a OIT, normas nacionais e da Lei nº 8.279/2006 do Estado do Espírito Santo; a de análise jurídica breve de artigos da lei em questão; em seguida tratar de alguns conceitos utilitaristas e suas críticas; para então finalizar o presente trabalho com uma análise reflexiva levando em consideração a teoria utilitarista e seus críticos

2 ACIDENTE DE TRABALHO: O QUE É?

Hodiernamente, segundo a OIT, como já dito supra, morrem 6300 trabalhadores por dia no mundo. Assim, é pertinente que este tema sempre esteja à tona e em discussão. A OIT, na Resolução sobre as estatísticas das lesões profissionais: devidas a acidentes de trabalho que surgiu da Décima Sexta Conferência Internacional de Estatísticas do Trabalho, define como acidente de trabalho

[...] todo o acontecimento inesperado e imprevisto, incluindo os atos de violência, derivado do trabalho ou com ele relacionado, do qual resulta uma lesão corporal, uma doença ou a morte, de um ou vários trabalhadores. São considerados acidentes de trabalho os acidentes de viagem, de transporte ou de circulação, nos quais os trabalhadores ficam lesionados e que ocorrem por causa, ou no decurso, do trabalho, isto é, quando exercem uma atividade econômica, ou estão a trabalhar, ou realizam tarefas para o empregador;

Isso sem esquecer dos acidentes de trajeto que também tem o mesmo tratamento: [...] acidente que ocorre no trajeto habitualmente efetuado pelo trabalhador, qualquer que seja a direção na qual se desloca, entre o seu local de trabalho ou de formação ligada à sua atividade profissional e: i) a sua residência principal ou secundária; ii) o local onde toma normalmente as suas refeições; ou iii) o local onde recebe normalmente o seu salário; do qual resulta a morte ou lesões corporais;

A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, define acidente de trabalho como

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (*caput* do artigo com redação dada pela Lei Complementar nº 150, de 1/6/2015)

Em seguida, os arts. 20 e 21 tratam do que a lei considera acidente de trabalho e quais fatos se equiparam a acidente de trabalho. As definições se aproximam das definições da OIT. Por fim, a

Lei nº 8.279/2006 do Estado do Espírito Santo, que trata dos acidentes em serviço na Polícia e Bombeiro Militares, estabelece:

Art. 2.º Considera-se acidente em serviço o dano físico ou mental, sofrido pelo militar ou policial civil, que se relacione mediata ou imediatamente com o exercício de suas atribuições, provocando perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho ou perturbação física que possa vir causar a morte. § 1º - Equipara-se ao acidente em serviço o dano: I - decorrente de agressão sofrida e não provocada pelo militar ou policial civil no exercício de suas atribuições, inclusive quando em viagem para o desempenho de missão oficial ou objeto de serviço; II - sofrido no percurso da residência para o trabalho e vice-versa; III - sofrido no percurso para o local de refeição ou de volta dele, no intervalo do trabalho.

Assim, podemos perceber que existe um consenso em nível estadual, nacional e internacional do que se trata um acidente de trabalho, e acidentes equiparados. Feito isto, podemos prosseguir com o estudo avançando pelos conceitos pode detrás das políticas de indenização por acidente de serviço e principalmente na delimitação de valores indenizatórios por parte do Estado.

3 COMENTÁRIOS SOBRE A LEI Nº 8.279/2006 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Abaixo seguem comentários suscintos dos artigos da lei em tela. Esta lei cria mecanismos e limites para que militares estaduais que eventualmente venham a se acidentar durante o trabalho possam ser indenizados. Também impõe limites a esses valores aparentemente para preservar o Estado de indenizações astronômicas, no entanto acaba por levar a interpretação premeditada de quantificar as lesões e as vidas de seus servidores.

Art. 1.º Fica criada a Indenização por Acidente em Serviço, no âmbito da Polícia Militar do Espírito Santo, do Corpo de Bombeiros Militar do Espírito Santo e da Polícia Civil em decorrência de acidente em serviço, nas seguintes condições:

Esse *caput* impõe condições para o pagamento da inden-

zação decorrente de acidente de serviço devidamente registrado e amparado por procedimentos internos das respectivas instituições:

I - se do acidente em serviço resultar afastamento superior a 5 (cinco) dias será devido ao militar ou ao policial civil, Indenização por Acidente em Serviço, no valor dia/soldo ou dia/vencimento correspondente aos dias de licença;

Quando um servidor sofrer um acidente com mais de 5 dias de afastamento e com nexos causal com a atividade laboral, o mesmo deverá ser indenizado de acordo com o formato de recebimento de seu salário. Soldo é uma espécie de vencimento-base que é usado para se calcular vários direitos adquiridos, bem como assiduidade, transporte, porcentagens diversas, etc.; e Vencimento é o pagamento realizado no formato de subsídio em que todos os “adicionais” foram incorporados em um só valor. Assim, conclui-se que para quem recebe pela modalidade de Soldo tem sua indenização calculada por dia-soldo e quem recebe o subsídio (vencimento) recebe por dia-vencimento.

II - se do acidente em serviço resultar invalidez total e permanente será devido ao militar ou ao policial civil, Indenização por Acidente em Serviço, em parcela única, correspondente a 20.000 (vinte mil) Valores de Referência do Tesouro Estadual - VRTEs;

Este artigo impõe um limite ao pagamento da indenização quando causar invalidez independentemente de tempo de afastamento no valor de 20.000 VRTE's:

III - se do acidente em serviço resultar morte será devido aos dependentes, Indenização por Acidente em Serviço, em parcela única, correspondente a 20.000 (vinte mil) Valores de Referência do Tesouro Estadual - VRTEs.

O mesmo valor do inciso acima para a morte. Aqui podemos chegar a uma intenção de levantar que o Estado definiu o valor da vida de seu servidor amparado por esta lei.

Art. 2.º Considera-se acidente em serviço o dano físico ou mental, sofrido pelo militar ou policial civil, que se relacione

Utilitarismo, políticas públicas e indenizações por acidentes em serviço nas forças de segurança do Estado do ES

mediata ou imediatamente com o exercício de suas atribuições, provocando perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho ou perturbação física que possa vir causar a morte.

§ 1º - Equipara-se ao acidente em serviço o dano:

I - decorrente de agressão sofrida e não provocada pelo militar ou policial civil no exercício de suas atribuições, inclusive quando em viagem para o desempenho de missão oficial ou objeto de serviço;

II - sofrido no percurso da residência para o trabalho e vice-versa;

III - sofrido no percurso para o local de refeição ou de volta dele, no intervalo do trabalho.

§ 2º - O disposto no § 1º não se aplica ao acidente sofrido pelo militar ou policial civil que, por interesse pessoal, tenha interrompido ou alterado o percurso.

A partir do art. 2º e seus incisos e parágrafos desta lei trata os conceitos do que considera acidente em serviço.

Art. 3.º A prova do acidente será feita em processo regular, devidamente instruído, inclusive acompanhado de declaração das testemunhas do fato, cabendo ao Serviço de Perícia Médica da Polícia Militar, quando se tratar de militar, ou ao Serviço de Perícia Médica do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado do Espírito Santo, quando se tratar de policial civil, descrever, circunstanciadamente, o estado geral do acidentado, mencionando as lesões produzidas e, bem assim, as possíveis conseqüências que poderão advir do acidente.

Parágrafo único - Cabe ao comando ou ao chefe imediato do militar ou do policial civil adotar as providências necessárias para dar início ao processo regular, de que trata este artigo.

Aqui trata dos procedimentos que devem ser adotados para apurar o acidente em serviço e a possibilidade de indenização:

Art. 4.º O pagamento da Indenização por Acidente em Serviço caberá à Polícia Militar, ao Corpo de Bombeiros Militar ou à Polícia Civil:

I - quanto à Indenização prevista no inciso I do artigo 1º desta Lei, em folha de pagamento;

II - quanto à Indenização prevista nos incisos II e III do artigo 1º desta Lei, em processo de pagamento, devidamente instruído

e autorizado.

Neste artigo e incisos abaixo define como o Estado vai pagar os valores devidos.

Art. 5.º A Indenização criada por esta Lei não tem natureza remuneratória; não se incorpora aos proventos de inatividade e não sofre incidência de contribuições previdenciárias. Art. 6º - Fica o Poder Executivo autorizado a regulamentar a presente Lei.

O Estado aqui busca proteger-se de futuros processos de incorporação de verbas remuneratórias:

Art. 7.º As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, consignadas no orçamento vigente, que serão suplementadas, se necessário.

Por fim, não pode esquecer de levantar de onde sairão as verbas para possíveis pagamentos de indenizações.

A partir dos breves comentários acima, podemos perceber um teor muito próximo a conceitos utilitaristas. Isto é, é possível perceber o utilitarismo ainda em dias atuais interferir em políticas públicas que parecem proteger o bem comum no entanto quantifica monetariamente o valor das lesões de seus servidores e inclusive de suas vidas. O que podemos questionar moral e eticamente pois é possível chegarmos a conclusão de que a vida de um policial militar, bombeiro militar e policial civil de quaisquer níveis e patentes valem 20.000 VRTE's, que equivale a R\$80.700,00¹, de acordo com o Decreto nº 5029-R, de 14 de dezembro de 2021.

4 MAS O QUE É O UTILITARISMO?

Para avançarmos na discussão da norma, o leitor deve se lembrar que a ação das pessoas e suas motivações são estudadas ao longo dos tempos e os estudos da moral e do que é agir de forma justa. Desde os filósofos gregos aos tempos atuais, o ser humano busca entender como pode ser a melhor forma de agir falando em

1 Índice Secretaria da Fazenda do Estado do Espírito Santo para 2022 é de R\$4,035.

um sentido geral. Com o desenrolar histórico, teorias surgiram para descrever como a pessoa pode agir de forma justa. Uma delas foi chamada de Utilitarismo. Ela foi levada ao público por seus maiores pensadores: Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873).

Apesar dos proeminentes pensadores da época e das aproximações de suas intenções eles divergiam sobre o conceito de utilidade. Os dois traçaram parâmetros para analisar o agir moral e justo das pessoas. Para Bentham,

[...] aquilo que possui existência ontológica para o autor são o prazer, a dor e o indivíduo. Prazer é o único bem e dor o único mal em si e são denominados termos reais. Os outros termos como lei, ética, obrigação e dever são denominados termos ficcionais (DIAS, 2015).

O princípio da utilidade de Bentham

[...] é um princípio que aprova ou desaprova qualquer ação segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou comprometer a referida felicidade. (DIAS, 2015)

Bentham funda sua teoria da moral na utilidade. Ele faz uma espécie de cálculo para definir o que é justo ou não e maximizar ou minimizar a felicidade. Para tanto ele estabelece alguns parâmetros:

a) o valor de cada prazer distinto que se manifesta como produzido pelo ato em primeira instância, b) o valor de cada dor distinta que se manifesta como produzida pelo ato em primeira instância, c) o valor de cada prazer produzido pelo ato em segunda instância (que é a fecundidade do primeiro prazer), d) o valor de cada dor que se manifesta como produzida pelo ato após a primeira dor, isto constitui a fecundidade da primeira dor, e) somam-se todos os valores de todos os prazeres de um lado e todos os valores de todas as dores de outro. O balanço se for favorável ao prazer indicará a tendência boa do ato, com respeito aos interesses da pessoa individual, se o balanço apontar para a dor indicará a tendência má do ato, para a pessoa particular.

Por último, deve-se fazer uma avaliação do número de pessoas cujos interesses aparecem em jogo e deve-se repetir o processo acima descrito em relação a cada uma delas. Somam-se os números que exprimem os graus de tendências boas inerentes ao ato no que diz respeito a cada indivíduo e depois faz-se o mesmo no que diz respeito às tendências más. Feito isto, procede-se ao balanço e descobre-se a tendência geral do ato.

[...]

Então, pode-se concluir que a moralidade, no sistema teórico de Bentham é reduzida a um princípio, ao princípio da utilidade e o sujeito de Bentham é um sujeito calculador que faz cálculos a cada ação para decidir sobre a melhor ação, para avaliar qual a ação tem a tendência mais benéfica (ao prazer). (DIAS, 2015)

Mill avança nos estudos de Bentham buscando uma espécie de humanização da teoria. As questões do indivíduo foram complexificadas buscando detalhar em maior minúcia a ação humana. No entanto, o resultado não foi muito diferente de seu antecessor. Nela o resultado do cálculo de utilidade deve alcançar o máximo possível de pessoas causando o menor sofrimento possível. (DIAS, 2011)

Para Mill, o princípio da utilidade também é derivado e conforme a uma natureza humana, mas em seu utilitarismo há mais espaço para elaboração de regras morais. Embora Mill seja um utilitarista, ele é um utilitarista denominado, neste trabalho, de tipo mais complexo, porque a natureza humana de seu sujeito é uma natureza humana mais complexa que deriva um princípio da utilidade mais complexo e, portanto leva à elaboração de uma moralidade mais complexa, com mais espaço para regras morais. (DIAS, 2015)

Em resumo, Bentham relaciona um cálculo de custo-benefício em que a pessoa deve aproximar sua ação voltada para o prazer e nunca para a dor. E Mill, para além disso, traz que a ação para além de se aproximar do prazer e felicidade, deve alcançar o máximo de pessoas possíveis causando o menor dano possível.

5 UTILITARISMO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Ainda sobre a teoria, ela foi concebida para ser aplicada na política e numa economia eminentemente liberal. Bentham e Mill

não permaneceram apenas nos estudos morais, avançando sobre estudos jurídicos e econômicos. (TRINDADE, 2008)

É de fácil percepção as discussões diárias sobre termos como bem comum, maioria, mais beneficiados, menor custo, etc. Todos estes termos invadem nosso cotidiano no entendimento do que seria, em tese, mais útil para a sociedade e para a pessoa. Muitas dessas discussões invadem o campo de estudos dos direitos humanos, tema que não será levantado neste estudo. O cerne desse artigo é analisar a lei que indeniza um dependente de um falecido em ação da segurança pública do Estado do Espírito Santo.

A formulação de políticas públicas pelo aparelho do Estado não é isenta da influência da ciência econômica e sua carga ideológica que, ao longo da história, privilegiou a estrutura racional e matemática em prejuízo de outras possibilidades de pensamento. (LELIS & COSTA, 2015)

A própria Constituição Federal quando traz o princípio da eficiência para a Administração Pública:

O princípio da eficiência impõe uma visão utilitarista à Administração Pública e, por consequência, aos que promovem a agenda de intervenções do Estado na economia. Distante da pluralidade constitucional que impõe tanto a busca da linha de maior vantagem quanto a realização social em consonância com outros princípios, inclusive o da moralidade, a eficiência estatal encontra respaldo apenas na utilidade. Entretanto, é preciso que o aparelho estatal vá além da mera análise de custos e benefícios (em termos monetários) e encontre mecanismos de atuação que respaldem conteúdo moral

Neste excerto a expressão retrata um hedonismo moral que reconhece a relação do livre mercado e o custo-benefício na satisfação das vontades. O autor então levanta que a história da economia reconhece duas formas de indicar o valor das coisas, uma delas seria a perspectiva da produção ou valor trabalho e a segunda na perspectiva do mercado ou teoria do valor utilidade. Bentham sistematiza a ética utilitarista, enquanto Frédéric Bastiat (anterior a Escola Austríaca e de Chicago de Economia), baseando-se na perspectiva do mercado e no axioma de Say aplicou os princípios utilitaristas à Economia, concluindo que os impulsos humanos individuais se enqua-

dram em um padrão social harmônico. Assim, nenhum argumento em relação a pluralidade subsiste nessa perspectiva universalizante. (HUNT; LAUTZENHEISER, 2013, *apud* LELIS & COSTA, 2016).

Outro aspecto relevante levantado pelo autor é que

A busca pela eficiência pública exige cuidados. Severos são os equívocos e os danos ao bem comum quando se toma a eficiência pública com o mesmo sentido que eficiência tem no mundo privado. Na onda da mania reformista, não é incomum a invocação de modelos gerenciais privados, como se a Administração pública pudesse funcionar como uma grande empresa privada (BATISTA JÚNIOR, 2008)

Pode-se perceber que os valores morais de várias origens permeiam as normas, no entanto, será que é possível basear uma ação justa a partir de valores utilitaristas no tocante ao valor de indenizar por morte ou lesão?

A lei parece justa ao estabelecer indenização por lesões de caráter leve, grave ou que resultam morte quando o agente está em serviço, mas carece de um critério subjetivo ao limitar o valor pago pelo governo a 20.000 VTRE's. Em contrapartida, sopesa-se limitar a possibilidade de indenizações extremamente vultuosas que venham a prejudicar os cofres públicos. O que seria justo então? Quanto vale a vida de um servidor de segurança pública no Espírito Santo?

Para ilustrar a situação, Sandel (2015) em sua obra “Justiça - O que é fazer a coisa certa” ao estudar o utilitarismo, traz alguns exemplos questionáveis de aplicação do pensamento utilitarista. Um deles foi o caso de uma série de acidentes nos Estados Unidos da América durante os anos 1970 em que unidades de um veículo chamado Ford Pinto possuía um problema mecânico em que se sofresse uma colisão traseira, seu tanque de combustível corria alto risco de explosão. Quando uma das vítimas processou a fabricante pelo erro de projeto, veio à tona que já era sabido do erro, no entanto os executivos calcularam o custo-benefício de corrigir a falha e concluíram que não valeria o esforço de 11 dólares para corrigir o erro nas unidades fabricadas. A Ford estimou uma quantidade de 180 vítimas por morte e 180 por queimaduras no período de um ano que poderiam existir caso nada fosse feito. Considerando 200 mil dólares por

morte e 67 mil por queimadura e considerando o valor dos veículos, haveria um custo estimado de 49,5 milhões de dólares. No entanto, se o erro fosse corrigido em cada unidade fabricada, o montante chegaria a 137,5 milhões de dólares, assim a empresa chegou a conclusão que o conserto era inviável economicamente.

No entanto, no sistema ianque, essas ações estão sujeitas ao tribunal do júri, que não aceitou e revisitou os valores atribuídos para indenizar as pessoas. Qual seria então o valor justo para uma vida humana? O que podemos entender dessa história é que cada pessoa tem sua subjetividade, logo um teto de valor monetário não é factível e irrisório é insuficiente para valorar uma vida.

Outra história contada por Sandel foi sobre uma norma para limitar a velocidade em vias de alta velocidade para 90 km/h. Um dos efeitos dessa política foi a redução de acidentes de trânsito com vítimas fatais. No entanto, logo após a lei foi revogada e o limite voltou aos 100km/h. Anos mais tarde economistas fizeram o cálculo do custo-benefício dessas leis. Nessa escala de medida de velocidade, os trabalhadores chegavam mais rápido em seus afazeres e portanto gravavam mais lucro, segundo eles. Assim foi calculado o numeral de 1,54 milhões em relação a vida humana. Sandel levanta que:

Os utilitaristas veem nossa tendência a repudiar o valor monetário para avaliar a vida humana como um impulso que deveríamos superar, um tabu que obstrui o raciocínio claro e a escolha social racional. Para os críticos do utilitarismo entretanto, nossa hesitação aponta para algo de importância moral – a ideia de que não é possível mensurar e comparar todos os valores e bens em uma única escala de medidas. (SANDEL, 2015, p.60)

Então, como mensurar uma lesão ou morte com a mesma régua para todos? O Estado faz escolhas o tempo todo, uma de suas escolhas foi proteger o patrimônio público em detrimento da justa retribuição pela possível morte de seus agentes. Isto posto que as carreiras abarcadas pela lei importam em grandes diferenças internas, inclusive salariais e de encargos. Isto é, existem soldados, coronéis, agentes, delegados, peritos, etc. Todos com seus graus de instrução e demais características sociais diferentes.

Assim, importa aos sujeitos beneficiários da lei em estudo

buscar recalcular suas indenizações para além da seara administrativa, devendo solicitar via judiciário a complementação de suas indenizações e real composição do dano. E o órgão julgador deve levar em consideração todas as peculiaridades da vítima para realizar um cálculo aproximado da devida retribuição em pecúnia.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a intenção de finalizar a discussão, podemos afirmar que possuem ao menos duas vertentes para se entender a utilidade no sentido da moralidade utilitarista na construção de políticas públicas de quaisquer espécies. Uma delas absorve o caráter econômico e monetarista para quantificar e valorar se tal política ou direito deve ser aplicado ou não. E outra visão que entende a pluralidade da realidade posta e busca harmonizar na medida do possível as subjetividades das pessoas atingidas com certo direito ou política.

É bem verdade que o planejamento Estatal e orçamentário precisa de parâmetros mais objetivos tanto por questões de gestão como de eficiência. No entanto, não se pode esquecer que o Estado é um artifício fictício criado pelas pessoas para se organizarem socialmente e em tese, está a serviço de seus criadores no sentido de buscar atender o melhor possível os anseios de todos. Isto é, apesar das necessidades de gestão, o Estado não pode colocar todos numa mesma régua para medir a aplicação de suas políticas e leis.

Em relação a lei em destaque que se refere a indenização de agentes de segurança pública por acidentes em serviço é factível afirmar que a mesma parte de um princípio utilitarista quando visa equalizar o dano com um cálculo por dias de afastamento para o pagamento da indenização com a imposição de limite de pagamento que acaba por diminuir o impacto nos cofres públicos que por fim em caso de longos afastamentos ou morte do agente. Assim o Estado do Espírito Santo acabou quantificando o valor da vida de um agente de segurança pública em 20.000 VTRE's. Esse é o valor da vida de cada agente.

Para um parâmetro inicial, é até interessante a lei, no entanto as carreiras são muito diferentes, logo o profissional pode ter um dano material muito maior com seu afastamento do que o previsto em lei, mesmo em pequenos afastamentos. Isso porque as carreiras

são escalonadas de formas muito complexas com várias promoções e progressões, o que causa diferenças salariais de mais de cinco vezes entre o salário inicial e final das carreiras.

Portanto, este estudo sinaliza um alerta em políticas aparentemente favoráveis à categorias e pessoas que muitas vezes visam solidificar a força estatal ou até fidelizar seus beneficiários. O utilitarismo parece um parâmetro adequado para o cálculo de custos-benefícios, entretanto não nos devemos esquecer de que as subjetividades e as pluralidades da realidade devem estar presentes no cálculo destes custos-benefícios para se evitar atrocidades ou até ataques aos direitos humanos atualmente difundidos e defendidos pela comunidade jurídica e brasileira.

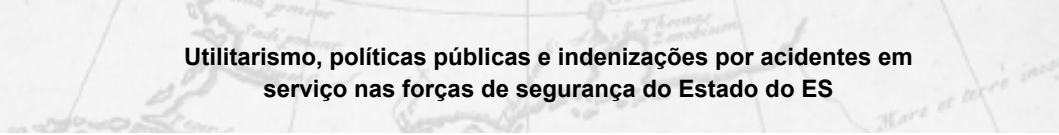
REFERÊNCIAS

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O Estado Democrático de Direito pós-providência brasileiro em busca da eficiência pública e de uma administração pública mais democrática. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, v. 98, p. 119-158, 2008. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/download/71/69>. Acesso em: 22 dez 2021.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Brasil, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 17 nov 2021.

DIAS, M. C. L. A Ampliação do Espaço da Moral no Utilitarismo de John Stuart Mill: Uma Comparação Com a Moral Do Utilitarismo de Bentham. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-08012013-162854/publico/2011_MariaCristinaLongoCardoso-Dias_VRev.pdf. Acesso em: 20 dez 2021.

DIAS, M. C. L. C. As Diferenças Entre Os Conceitos De Moral No Utilitarismo De Bentham E John Stuart Mill: A Moralidade Como Derivada Das Respectivas Noções De Natureza Humana. Princípios: *Revista de Filosofia* (UFRN), v. 19, n. 32, p. 483-506, 14 jul.



**Utilitarismo, políticas públicas e indenizações por acidentes em
serviço nas forças de segurança do Estado do ES**

Acesso em 17 dez 2021.

O licenciamento ambiental compulsório e a patente medicamental ante a justiça aristotélica

Anselmo Luiz Bacelar Junior

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho analisa o licenciamento compulsório, observando o funcionamento do instituto jurídico e buscando lançar questionamentos acerca deste procedimento à luz da concepção de justiça em Aristóteles. Neste estudo, analisa-se o tensionamento entre o direito à saúde e o direito à exploração econômica das patentes farmacêuticas, buscando não traçar respostas jurídicas para uma validade ou importância econômica ou política do licenciamento compulsório, mas, na verdade, compreender com questionamentos balizados na filosofia aristotélica se as proposituras da Lei nº 9.279/96 encaixam-se no conceito de “justiça” do filósofo grego.

Para tanto, o trabalho utiliza como metodologia a revisão bibliográfica da literatura jurídica e filosófica¹, complementando, quando necessário, com a literatura de outras áreas do conhecimento, e o método indutivo e dedutivo² para o estudo do licenciamento compulsório com a finalidade de traçar questionamentos sobre este tema à luz da concepção de justiça em Aristóteles.

1 MORESI, Eduardo. *Metodologia da pesquisa*. Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2003. p. 72.

2 MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos da Metodologia Científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. pp. 86-87.

2 O LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO E A PATENTE MEDICAMENTAL

O licenciamento compulsório é previsto na Lei nº 9.279/96, especificamente nos artigos 68, §1º, e 71, caput, que indicam que:

Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

§ 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória:

I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou

II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou internacional ou de interesse público declarados em lei ou em ato do Poder Executivo federal, ou de reconhecimento de estado de calamidade pública de âmbito nacional pelo Congresso Nacional, poderá ser concedida licença compulsória, de ofício, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente ou do pedido de patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular, desde que seu titular ou seu licenciado não atenda a essa necessidade.

É, portanto, uma via de concessão do direito de exploração de uma patente, contudo, sem quebrar em si a patente do detentor deste direito, apenas abrangendo a exploração com a finalidade de mitigar os problemas de um eventual monopólio no mercado farmacêutico em um rótulo de relevância para um tratamento^{3 - 4}. -

No processo do licenciamento compulsório as empresas detentoras dos direitos de patente medicinal têm participação, visto

3 SILVA, José Carlos Loureiro da. *Direito de acesso aos medicamentos no Brasil face à tutela jurídica das patentes farmacêuticas*. In: Encontro para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008. p. 4330-4349. p. 4341.

4 REIS, Renata; VIEIRA, Marcela Fogaça; CHAVES, Gabriela. Access to Medicines and Intellectual Property in Brazil: A Civil Society Experience. In: REIS, Renata; TERTO JR, Verviano; PIMENTA, Maria Cristina. *Intellectual Property Rights and Access to ARV Medicines: Civil Society Resistance in the Global South*. Rio de Janeiro: ABIA, 2009. pp. 23-24.

O licenciamento compulsório e a patente medicamental ante a justiça aristotélica

que o procedimento é composto por uma etapa de negociação com a referida empresa para redução do valor do produto. Em caso de uma negociação bem-sucedida, não há a sequência do procedimento do licenciamento ou uma futura quebra da patente, salvo em situação de alteração do quadro fático relativo ao uso do medicamento ou aos valores do tratamento, visto que o objetivo do licenciamento é atingido sem a necessidade de atingir a esfera patrimonial da detentora dos direitos patentários do remédio⁵.

Analisando o tema na perspectiva histórica, é necessário observar a conjuntura sobre a temática de patentes. O Acordo sobre Propriedade Intelectual (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* - TRIPS), da Organização Mundial do Comércio, prevê regramentos sobre as patentes de medicamentos, buscando solucionar as questões relativas aos elevados custos dos medicamentos que preponderantemente atinge países em desenvolvimento. Este acordo identifica que o sistema de patentes por monopólio de exploração econômica pode gerar uma precificação abusiva de medicamentos, e, desta sorte, se fez necessário neste aspecto uma criação de um sistema específico de garantia de direitos para o patentário e para o usuário do produto.^{6 - 7}

A legislação brasileira garante proteção patentária no inciso XXIX do art. 5º da Constituição Federal, sendo essa uma proteção temporária na utilização da patente. Há ainda legislação infraconstitucional no Código Brasileiro de Propriedade Industrial de 1969, a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96) e a Medida Provisória n. 2.006/99 (convertida na Lei n. 10.196/01). As normas infraconstitucionais seguiram em linha de cumprimento do Acordo sobre Propriedade Intelectual (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* - TRIPS), tratando sobre a concessão de ofício da licença compulsória em certos casos, bem como incluindo a previsão da anuência da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) para a concessão de patentes para fármacos. A linha normativa atual segue uma perspectiva da noção da patente no Brasil vigente desde

5 PRONER, Caroline. Saúde Pública e Comércio Internacional: a legalidade da quebra de Patentes. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 1, n. 1, 2007. p. 12.

6 SILVA, José Carlos Loureiro da. *Direito de acesso aos medicamentos no Brasil face à tutela jurídica das patentes farmacêuticas*. In: Encontro para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008. p. 4330-4349. p. 4334.

7 CORREA, Carlos Maria. *Propriedade Intelectual e Saúde Pública*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 86.

o século XIX, especificamente no regramento previsto pelo Alvará de 28/04/1809 de D. João VI que previa proteção para a exploração das invenções por um período de 14 anos.^{8 - 9 - 10 - 11 - 12}

Em se tratando de propriedade intelectual farmacêutica no Brasil, a patente é, em suma, uma proteção da exploração econômica de uma criação inovadora de aplicabilidade industrial por determinado período de termo. É um dever de abstenção da sociedade perante o objeto criado que, durante o período de exclusividade de exploração concedido pela patente, somente pode ser aproveitado economicamente por aquele que criou ou detém a patente.^{13 - 14}

Adentrando especificamente no licenciamento compulsório, o primeiro caso se deu quanto ao medicamento Efavirenz, de patente da empresa Merck Sharp & Dohme. O referido fármaco era o melhor na análise de custo e efetividade no tratamento da AIDS à época em que se deu o licenciamento, sendo utilizado por cerca de 40% dos portadores da doença no Brasil. O numerário de pacientes atendidos correspondia a 75 mil pessoas, a um custo de 42 milhões de dólares.^{15 - 16}

Por via do Decreto 6.108/2007, justificado pelo interesse público, ocorreu o licenciamento do Efavirenz após a tentativa de negociação com a empresa dona da patente, que recusou a redução

8 SILVA, José Carlos Loureiro da. *Direito de acesso aos medicamentos no Brasil face à tutela jurídica das patentes farmacêuticas*. In: Encontro para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008. p. 4330-4349. pp. 4335-4336.

9 DE CARVALHO, Nuno Pires. *200 Anos do Sistema Brasileiro de Patentes: o alvará de 28 de abril de 1809 - comércio, técnica e vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a. pp. 21-22.

10 CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. Da Propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos. Parte 1. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 1-2.

11 SILVA, José Carlos Loureiro da. *Direito de acesso aos medicamentos no Brasil face à tutela jurídica das patentes farmacêuticas*. In: Encontro para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008. p. 4330-4349. p. 4338.

12 RODRIGUES, William C. V.; SOLER, Orenzio. Licença compulsória do efavirenz no Brasil em 2007: contextualização. *Rev Panam Salud Publica*, 2009, p. 553-559. p. 553.

13 MEINERS, Constance Marie Milward de Azevedo. Patentes farmacêuticas e saúde pública: desafios à política brasileira de acesso ao tratamento anti-retroviral. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 24, p. 1467-1478, 2008. pp. 1.468-1.469.

14 DE CARVALHO, Nuno Pires. *A Estrutura dos Sistemas de Patentes e Marcas: Passado, Presente e Futuro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b. pp. 73-79.

15 SILVA, José Carlos Loureiro da. *Direito de acesso aos medicamentos no Brasil face à tutela jurídica das patentes farmacêuticas*. In: Encontro para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008. p. 4330-4349. p. 4342.

16 RODRIGUES, William C. V.; SOLER, Orenzio. Licença compulsória do efavirenz no Brasil em 2007: contextualização. *Rev Panam Salud Publica*, 2009, p. 553-559. p. 555.

de um custo razoável para o tratamento.^{17 - 18 - 19} Após a assinatura do decreto, o governo brasileiro passou a importar um remédio com fórmula equivalente ao do Efavirenz da Índia, produzido pela Aurobindo Pharma Limited, estimando-se, apenas para o ano de 2007, uma economia de 30 milhões de reais.²⁰

A “quebra da patente” via licenciamento compulsório e a posterior produção dos medicamentos genéricos é o que cria esta economia significativa para o cidadão/Estado, visto que no custo do produto não existe mais o lucro esperado para cobrir os *royalties* esperados pela patente bem como inexistente publicidade para o produto genérico, sendo outro fator que deixa de influenciar o preço final do produto, contribuindo para um preço mais baixo.^{21 - 22}

Um justo receio com a prática do licenciamento compulsório é a do desincentivo na produção científica, o que não se verificou em estudo que analisou a primeira década após a edição da Lei nº 9.279/96, tendo, na realidade, crescido ao longo destes anos, sendo um padrão esperado com o aumento populacional e, por conseguinte, aumento de pesquisadores. No principal problema trazido pelo licenciamento compulsório (o prejuízo aos desenvolvedores científicos na área farmacológica) é possível que este seja contornável em uma situação de licenciamento compulsório, dado que: i) Esta prática não é uma regra para toda produção medicamental; ii) É restrita apenas a remédios de tratamento extremamente crítico e custoso; iii) À empresa dona da patente é oportunizada uma série de reuniões antes do licenciamento com a finalidade de encontrar um termo razoável para ambas as partes em termos de custo do tratamento para o cidadão/Estado e justo lucro para o titular da patente.

Assim, é perceptível como medidas a exemplo do licen-

17 SILVA, José Carlos Loureiro da. Direito de acesso aos medicamentos no Brasil face à tutela jurídica das patentes farmacêuticas. In: Encontro para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008. p. 4330-4349. p. 4342.

18 RODRIGUES, William C. V.; SOLER, Orenzio. *Licença compulsória do efavirenz no Brasil em 2007: contextualização*. Rev Panam Salud Publica, 2009, p. 553-559. p. 555.

19 WEICHERT, Marlon Alberto. Patentes e acesso a medicamentos. *Revista de Direito Sanitário*, v. 8, n. 3, p. 63-73, 2008. p. 67.

20 SILVA, José Carlos Loureiro da. *Direito de acesso aos medicamentos no Brasil face à tutela jurídica das patentes farmacêuticas*. In: Encontro para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008. p. 4330-4349. p. 4342.

21 SILVA, José Carlos Loureiro da. *Direito de acesso aos medicamentos no Brasil face à tutela jurídica das patentes farmacêuticas*. In: Encontro para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008. p. 4330-4349. p. 4342.

22 NISHIJIMA, Marislei. Os preços dos medicamentos de referência após a entrada dos medicamentos genéricos no mercado farmacêutico brasileiro. *RBE*, v. 62, n. 2, p. 189-206, abr-jun/2008. p. 204.

ciamento compulsório possibilitam a manutenção de tratamentos e oferta de medicamentos gratuitamente via SUS (Sistema Único de Saúde), reduzindo o ônus econômico para o Estado e assegurando o direito à saúde ao cidadão. Ainda que fosse um fármaco não fornecido gratuitamente pelo SUS, a aquisição direta pelo cidadão teria sido amplamente facilitada, e, em se tratando de doenças crítica necessidade de tratamento, o aspecto financeiro do proveito econômico do detentor da patente é observado em equilíbrio com o direito do tratamento justo do paciente, que não pode ter sua possibilidade de efetivo acesso ao adequado tratamento alijada por falta de recursos financeiros para comprar os remédios para os cuidados essenciais de doenças críticas.

3 A JUSTIÇA ARISTOTÉLICA: ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE E MEDICAMENTOS SOB O PRISMA DE ARISTÓTELES

Inicialmente cabe destacar o conceito de “reciprocidade”, apresentado em Aristóteles em sua concepção do termo médio na aferição do justo. Conforme Aristóteles, “a reciprocidade deve fazer-se de acordo com uma proporção e não na base de uma retribuição exatamente igual”²³. A proporcionalidade, que, para o filósofo, seria o justo, consistiria em uma igualdade de razões envolvendo ao menos quatro termos em que se estes termos fossem representados geometricamente em uma linha e demarcados em ordem cardinal crescente haveria uma equidistância entre o primeiro e o segundo, o segundo e o terceiro e assim por diante. Na medida em que um destes termos tornar-se maior ou menor do que outro seria possível identificar alguma forma de injustiça²⁴.

Conforme Aristóteles:

[...] o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom. No caso do mal verifica-se o inverso, pois o menor mal é considerado um bem em comparação com o mal maior.

23 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 106.

24 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1991. pp. 103-106.

[...]

A justiça é uma espécie de meio-termo, porém, não no mesmo sentido que as outras virtudes, e sim porque se relaciona com uma quantia ou quantidade intermediária, enquanto a injustiça se relaciona com extremos. [...] A injustiça é excesso e deficiência, isto é, porque produz tais coisas - no nosso caso pessoal, excesso do que é útil por natureza, e deficiência do que é nocivo, enquanto o caso de outras pessoas é equiparável do modo geral ao nosso, com a diferença de que a proporção pode ser violada num e noutro sentido. Na ação injusta, ter demasiado pouco é ser vítima de injustiça, e ter demais é agir injustamente²⁵.

Por outro lado, há de se considerar a questão da justiça distributiva e do “mérito” na filosofia aristotélica. Originalmente, a justiça distributiva aristotélica se preocupava com a distribuição de honrarias e com a participação política dos cidadãos (capacidade de votar e de exercer cargos na *polis*)²⁶. Esta ótica da justiça consiste em um tratamento não pautado na proporção, mas sim em um “princípio de merecimento”, ou na medida em que os cidadãos participassem na contribuição de um objetivo comum da *polis*²⁷. Esta via apresenta duas condições

Deve haver um projeto comum para a realização de cujos objetivos os que são considerados mais merecedores contribuíram mais do que os que são considerados menos merecedores; e deve haver uma visão comum de como tais contribuições devem ser medidas e como as recompensas devem ser classificadas²⁸.

No panorama hodierno, especificamente na temática do licenciamento compulsório, é inimaginável observar as “recompensas” do mérito como honrarias ou cargos políticos. É necessário, portanto, uma releitura da estrutura teórica proposta por Aristóteles observando os conceitos balizadores da justiça distributiva em um

25 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1991. pp. 103; 109.

26 MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Mérito e necessidade: uma breve história da justiça distributiva no pensamento jusfilosófico ocidental. *SYNTHESIS* | Revistal Digital FAPAM, v. 5, n. 1, p. 186-204, 2014. pp. 188-189.

27 MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Mérito e necessidade: uma breve história da justiça distributiva no pensamento jusfilosófico ocidental. *SYNTHESIS* | Revistal Digital FAPAM, v. 5, n. 1, p. 186-204, 2014. p. 189.

28 MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Edições Loyola, 1991. p. 121.

âmbito em que as trocas possíveis são o dinheiro, o produto e o direito à saúde.

Adentrando então nas reflexões, e trazendo esta perspectiva da *epieikeia*, do termo médio (proporção), da reciprocidade e da justiça distributiva para o campo dos medicamentos é possível traçar questionamentos sobre a perspectiva patentária farmacêutica à luz da concepção de justiça aristotélica: i) Se o justo é, na realidade, não uma retribuição precisa mas sim uma proporção que observa as concepções de falta e excesso do “bom”, no debate sobre a exploração econômica das patentes e do direito de acesso a medicamentos, o que seria o “justo” ante a teoria do filósofo grego?; ii) No paradigma da justiça distributiva, o “merecimento” e a “contribuição para um objetivo comum” devem ser alinhadas a uma visão comum da polis, e, in casu, da sociedade brasileira pautada pela Constituição Federal. Nesse sentido, o que seria o “justo” na perspectiva da justiça distributiva?

Observando a lógica do licenciamento compulsório e a proporcionalidade aristotélica, nota-se que esta prática é uma que não impacta significativamente a produção científica e a lucratividade da indústria farmacêutica.^{29 - 30} Assim, a realização do licenciamento compulsório, ou mesmo o início do procedimento com a negociação com a empresa farmacêutica não gera uma diminuição do “bom” (assimilando este termo aristotélico como ganho financeiro para a empresa), malgrado ocorra uma redução no valor do produto ou uma quebra da patente.

Por outro lado, há o cidadão que precisa do tratamento, tendo em xeque tanto o aspecto monetário quanto o direito à saúde. Este, nos casos previstos em lei para o licenciamento, pode se ver em situação de extrema dificuldade ou impossibilidade de ter acesso ao medicamento, encontrando-se no que Aristóteles identifica como a falta do “bom”. Igualmente, sendo um medicamento fornecido pelo Estado, a realização do licenciamento compulsório, por gerar economias para o SUS ou efetivamente viabilizar o custeio do tra-

29 SILVA, José Carlos Loureiro da. *Direito de acesso aos medicamentos no Brasil face à tutela jurídica das patentes farmacêuticas*. In: Encontro para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008. p. 4330-4349. pp. 4342-4343.

30 ZUCOLOTO, Graziela Ferrero. *Legislação de Propriedade Industrial e seus Impactos no Patentamento na Apropriabilidade Tecnológica e nas Atividades Inovativas do Brasil*. In: HERSCOVICI, Alain. *Direitos de Propriedade Intelectual e Inovação: Uma Análise Econômica Além das Evidências*. Vitória: EDUFES, 2015. p. 121.

tamento sem um desarrazoado ônus para a saúde pública, podendo, ainda, possibilitar a ampliação deste ou de outros tratamentos para o amplo público. Do mesmo modo, aumenta o “bom” em uma situação em que havia falta.

Sob esta perspectiva o “justo”, na teoria de Aristóteles se encaixa no que prevê a Lei nº 9.279/96, visto que uma limitação no exercício econômico das patentes farmacêuticas não se apresenta como uma redução significativa para remover do termo médio a situação de proveito da empresa, enquanto para o usuário do medicamento esta alteração na oferta do medicamento pode se apresentar como uma solução extremamente eficiente e, por vezes, necessária para o tratamento.

No âmbito da justiça distributiva é necessário observar questões mais complexas para responder o questionamento. Na compreensão da justiça distributiva, para estabelecer a “contribuição para o objetivo comum” é fundamental que se estabeleça qual é este “objetivo comum”.

Em uma leitura mais direta da teoria do princípio do merecimento é argumentável que o desenvolvimento do fármaco é positivo para a sociedade e é uma demonstração de virtude e, por terem então contribuído mais com este objetivo positivo, os detentores da patente seriam merecedores do “desequilíbrio” da proporção explorada da reflexão acima. Nesse sentido, em uma concepção de justiça distributiva aristotélica, seria justa a exploração econômica irrestrita do medicamento, sendo, por consequência, injusto o licenciamento compulsório.

Por outro lado, a definição dessa “visão comum da polis” era, à época, para Aristóteles, um “acordo socialmente expresso, parcialmente constitutivo de uma *polis*”³¹. Traçando uma releitura deste acordo constitutivo é possível estabelecer um paralelo atual com a Constituição Federal. No texto constitucional o direito patentário encontra-se previsto no inciso XXIX do art. 5º, que indica:

a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o

31 MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Edições Loyola, 1991. p. 121.

desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

Destaca-se, do excerto, o trecho “privilégio temporário”. O texto constitucional, na previsão dos direitos e deveres individuais e coletivos, identifica a efemeridade da exploração da patente, porém, não prevê o prazo deste “temporário”.

Quanto ao direito à saúde, este encontra-se previsto no art. 6º, como um direito social e sem uma ressalva tal qual se apresenta o direito de exploração econômica das patentes. Nesse sentido, tentando extrair um significado para a “visão comum” proposta por estes excertos constitucionais na valoração dos bens jurídicos elencados em alta posição no rol de direitos e garantias fundamentais, dada a limitação imposta ao direito patentário, é plausível identificar que a “visão” privilegiada é a do direito à saúde em detrimento ao da exploração da patente farmacêutica. Em complemento a esta interpretação há a própria Lei nº 9.279/96 que regulamenta o licenciamento compulsório, apresentando hipóteses em que este “tempo” pode ser limitado por fatores extraordinários, e.g., o interesse social.

Resta, nessa hipótese que conclui pela justiça distributiva em favor do direito à saúde, compreender onde se encontra o “mérito” aristotélico. Na conceituação originária de Aristóteles da “excelência” que a justiça distributiva preconiza, de fato não é possível identificar a existência desta nessa hipótese.

Contudo, é argumentável que no âmbito da justiça distributiva de Aristóteles, se proposta uma releitura para as acepções hodiernas, a interpretação do “justo” ou do “injusto” à luz da justiça distributiva não se faz uma tarefa tão simples quanto buscar encaixes para conceitos já definidos, cabendo uma análise aberta do que é a “justiça” no procedimento de quebra de patentes de fármacos.

4 CONCLUSÃO

A bem da verdade, as respostas aos questionamentos não são definitivas e nem se pretendem ser. A proposta deste trabalho é mais reflexiva do que propriamente conclusiva ao que questiona. Por não estipular uma análise jurídica *per se* do licenciamento compulsório, não se buscou avaliar os impactos do referido procedimento, e.g., no

âmbito da judicialização da saúde, da função social da propriedade (intelectual, *in casu*), ou da função social do Estado de assegurar a saúde. Na realidade, o que se pretendeu foi traçar paralelos de uma situação jurídica com uma teoria filosófica da justiça, buscando compreender, aos olhos aristotélicos, o que é o “justo”.

Como livros não emitem sentenças, é plenamente viável que as compreensões sobre o “justo” ou o “injusto” das reflexões aqui lançadas possam divergir em outras leituras, especialmente sob os olhares de outras teorias do direito, da filosofia ou da jusfilosofia. Contudo, as contribuições da concepção de justiça de Aristóteles lançam um outro olhar para o estudo de um tema relevante, o que possibilita um olhar apartado do direito, porém, dirigido a este, propondo uma releitura do procedimento do licenciamento compulsório sob as lentes da filosofia aristotélica.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. Da Propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos. Parte 1. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CORREA, Carlos Maria. *Propriedade Intelectual e Saúde Pública*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

DE CARVALHO, Nuno Pires. *200 Anos do Sistema Brasileiro de Patentes: O Alvará de 28 de Abril de 1809 - Comércio, Técnica e Vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a.

_____. *A Estrutura dos Sistemas de Patentes e Marcas: Passado, Presente e Futuro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Edições Loyola, 1991.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. *Funda-*

mentos da Metodologia Científica. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MEINERS, Constance Marie Milward de Azevedo. Patentes farmacêuticas e saúde pública: desafios à política brasileira de acesso ao tratamento anti-retroviral. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 24, p. 1467-1478, 2008.

MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Mérito e necessidade: uma breve história da justiça distributiva no pensamento jusfilosófico ocidental. *SYNTHESIS | Revistal Digital FAPAM*, v. 5, n. 1, p. 186-204, 2014.

MORESI, Eduardo. *Metodologia da pesquisa*. Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2003.

NISHIJIMA, Marislei. Os preços dos medicamentos de referência após a entrada dos medicamentos genéricos no mercado farmacêutico brasileiro. *RBE*, v. 62, n. 2, p. 189-206, abr-jun/2008.

PRONER, Caroline. Saúde Pública e Comércio Internacional: a legalidade da quebra de Patentes. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 1, n. 1, 2007.

REIS, Renata; VIEIRA, Marcela Fogaça; CHAVES, Gabriela. Access to Medicines and Intellectual Property in Brazil: A Civil Society Experience. In: REIS, Renata; TERTO JR, Veriano; PIMENTA, Maria Cristina. *Intellectual Property Rights and Access to ARV Medicines: Civil Society Resistance in the Global South*. Rio de Janeiro: ABIA, 2009.

RODRIGUES, William C. V.; SOLER, Orenzio. Licença compulsória do efavirenz no Brasil em 2007: contextualização. *Rev Panam Salud Publica*, 2009, p. 553-559.

SILVA, José Carlos Loureiro da. Direito de acesso aos medicamentos no Brasil face à tutela jurídica das patentes farmacêuticas. In: *Encontro para o Congresso Nacional do CONPEDI*, 2008. p. 4330-4349.

O licenciamento compulsório e a patente medicinal ante a justiça aristotélica

WEICHERT, Marlon Alberto. Patentes e acesso a medicamentos. *Revista de Direito Sanitário*, v. 8, n. 3, p. 63-73, 2008.

ZUCOLOTO, Graziela Ferrero. Legislação de Propriedade Industrial e seus Impactos no Patenteamento na Apropriabilidade Tecnológica e nas Atividades Inovativas do Brasil. In: HERSCOVICI, Alain. *Direitos de Propriedade Intelectual e Inovação: Uma Análise Econômica Além das Evidências*. Vitória: EDUFES, 2015.

O histórico julgamento no caso do desastre de Mariana/MG à luz da teoria da justiça de John Rawls: sobre o caráter social e institucional por trás da sentença do processo n.º 1016742-66.2020.4.01.3800

Bianca Ventorim Comarela

1 INTRODUÇÃO

O desafio que se propõe é o de superar a natureza eminentemente privada do caso concreto a ser analisado, para que se possa fazer uma análise do mesmo à luz da Teoria da Justiça de John Rawls, cujos sujeitos primários são as instituições da sociedade.

Veja-se que nem toda pretensão privada diz respeito à correção de um ato ilegal advindo de um particular, com efeitos meramente individuais.

Sob tal premissa, deve-se admitir que certas omissões do Estado possuem impacto nas relações privadas, que passam a ter também caráter público, com nítido aspecto social.

Neste contexto, propõe-se a análise da sentença histórica proferida no caso de Mariana/MG (SAMARCO), notadamente como uma decisão que institucionalizou um sistema de equanização dos pontos de partida de diversas categorias de trabalhadores afetados.

Este breve estudo, por seu turno, evitando o sincretismo, parte da ótica procedimentalista Rawlsiana. Porém, ao mesmo tempo, demonstra que a decisão concreta constitui nítida reação ao claro utilitarismo predominante.

2 TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

A Teoria da Justiça de John Rawls não opera num vácuo histórico. O cientista político americano, Professor de Harvard, publicou seu livro “Uma Teoria da Justiça” em 1971, fruto da reunião de várias publicações, num contexto de guerra fria e pós guerra do Vietnã, momento em que o mundo viu eclodir diversos conflitos étnicos. Anos depois, precisamente em 1991, publicou “O Liberalismo Político”, obra na qual revisitou sua Teoria sobre a Justiça, com algumas modificações, em resposta às críticas sofridas à sua obra anterior¹.

Em sua Teoria da Justiça o autor tenta responder à pergunta: O que é uma sociedade Justa?

Para tanto, parte de três pressupostos: i) há no mundo uma escassez moderada de recursos; ii) há entre os indivíduos diferentes concepções de “bem” - reconhecimento do fato do pluralismo; e iii) o ser humano é dotado de racionalidade, razoabilidade e senso de justiça².

Como fica evidente, Rawls utiliza a ideia Kantiana de “homem racional”³⁴ para extrair seus princípios de justiça.

1 “Em resumo, em O Liberalismo Político o fato do pluralismo é usado para distinguir a particularização da teoria da justiça de Rawls das demais teorias metafísicas, com pretensão de universalidade, e para identificar o modelo de estado ao qual ela se aplica: as democracias constitucionais ou liberais.” (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Jumping ou Salto Conceitual de Uma Teoria para Outra: Continuidade/Descontinuidade Cognitiva e Proposta de Metodologia*. p. 16).

2 Instituto CPFF - Café Filosófico - John Rawls e o Renascimento do Liberalismo/Luis Bernardo Araújo. Publicado em 18/03/2017. Podcast. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/6cL9Gnsffsn5Y2J0UEwHnu?si=a10nyBh9Q2S2_5oSUxax_w&utm_source=whatsapp. Acesso em: 23/12/2021.

3 “A Razão ordena a maneira como devemos agir, muito embora nenhum exemplo de tal ação possa ser encontrado; a Razão tampouco dá qualquer atenção à Vantagem que podemos obter ao agir de tal modo, e que na verdade só a Experiência poderia mostrar...” (MORRIS, Clarence. Os grandes Filósofos do Direito: leituras escolhidas em direito. In: _____. (org). Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 238-239, grifo do autor).

4 “O Arbítrio que pode ser determinado pela Razão pura, chama-se Livre-Arbítrio. O Arbítrio, que só pode ser determinado pela Inclinação enquanto impulso insensível ou estímulo, seria bruto e irracional. O humano Arbítrio, entretanto, é de fato afetado por tais impulsos ou estímulos, mas não é determinado por eles; tomados em si mesmo, destacado do hábito adquirido pela Razão, ele não é puro. Mas pode ser determinado para a ação por uma Vontade pura. A liberdade do Arbítrio é sua independência de ser determinado por estímulos ou impulsos sensíveis. Esse é o conceito negativo de Livre-Arbítrio. O Conceito positivo de Liberdade é dado pelo fato de que a Vontade é a capacidade da Razão pura de ser prática em si. Mas isso não é possível de outra maneira senão pela máxima de toda ação estar sujeita à condição de servir como lei universal. Aplicada como Razão pura ao Arbítrio, e considerada à parte de seu objeto, a razão prática pode ser considerada como Faculdade dos Princípios; e, neste contexto, é a fonte dos princípios práticos. Daí deve ser vista como uma Faculdade legislativa. Mas como o material sobre o qual se constrói uma Lei não é fornecido, só pode fazer a forma Má-

O histórico julgamento do caso do desastre de Mariana/MG à luz da teoria da justiça de John Rawls

Além disso, recorre ao “contrato”, com uma nova roupagem: o autor não parte do estado de natureza do homem⁵, mas de uma “posição original”. Nessa “posição original”, para realizar o “contrato” de Rawls, é necessário que os homens: i) saibam o que é ter interesse; ii) devam querer produzir bens primários e autorrespeito; iii) tenham informações sobre os princípios em constituição (transparência); iv) os indivíduos sabem antecipadamente o que será contratado (estabilidade)⁶. Deste modo, “na situação original, é perfeita a equação entre ‘cada um’ e ‘todos’”⁷.

Na “posição original”, John Rawls utiliza um recurso metodológico hipotético dedutivo para extrair os princípios de justiça que virão a organizar as instituições na sociedade, de modo a evitar a reintrodução das suposições do “bem”, qual seja, o “véu da ignorância”⁸. Nesta condição, o indivíduo estaria privado do conhecimento de suas condições, habilidades, expectativas e aspirações. Deste

xima do ato da Vontade, na medida em que está disponível como Lei universal, a Lei suprema e o Princípio determinante da Vontade. E como as Máximas, ou Regras da ação humana derivadas de causas subjetivas, não concordam necessariamente com aquelas que são objetivas e universais, a Razão só pode prescrever essa Lei suprema como um Imperativo Absoluto de proibição ou ordem.” (Ibidem, p. 238, grifo do autor).

5 “Para compreender corretamente o poder político e derivá-lo de sua origem, devemos considerar o estado em que todos os homens se encontram naturalmente, que é um estado de perfeita liberdade para regular suas ações e dispor de suas posses e de suas pessoas do modo como julgarem adequado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão nem depender da vontade de nenhum outro homem. Um estado também de igualdade, no qual todo poder e jurisdição é recíproco, ninguém tendo mais que o outro, sendo totalmente evidente que criaturas da mesma espécie e classe, nascidas indistintamente para todas as mesmas vantagens da natureza e para o uso das mesmas faculdades, devem também ser iguais umas às outras, sem subordinação nem sujeição, a menos que o senhor e amo de todas elas, por alguma declaração manifesta de sua vontade, coloque uma acima da outra, conferindo-lhe, por indicação clara e evidente, um direito indubitável de domínio e soberania.” (MORRIS, Clarence. Os grandes Filósofos do Direito: leituras escolhidas em direito. In: _____. (org.) John Locke. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 133-134).

6 (RICOEUR, Paul. *O Justo I*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 71-72).

7 (Ibidem, p. 73).

8 “Em resumo:

a) O véu da ignorância tem um propósito básico, a saber, ‘pôr em prática um procedimento equitativo tal, que todos os princípios sobre os quais houver acordo serão justos. O objetivo é empregar a noção de justiça procedimental como base da teoria’. Esse elo entre a imaginação do véu de ignorância e a procura de uma concepção puramente procedimental de justiça não deveria ser subestimado. A justiça procedimental constitui uma alternativa integral à justiça substantiva regulada por pressupostos compartilhados sobre o bem comum.

b) A justiça procedimental é justiça porque atrás do véu da ignorância são anulados os efeitos de contingência específica. O véu da ignorância garante equidade da situação de partida. c) A partir daí o argumento continua: ‘Como as diferenças entre as partes são ignoradas por elas e como cada um é igualmente racional e está situado de maneira semelhante, cada um é convencido pelo mesmo argumento.’ E ainda: ‘Se, depois de uma reflexão, alguém preferir uma concepção da justiça a outra, então todos o farão, e poderá ser atingido um acordo unânime.’” (Ibidem, p. 72-73, grifo do autor).

modo, “o justo está para se constituir, não é conhecido de antemão”⁹, estando o indivíduo sob o “véu da ignorância”.

Trata-se, portanto, de uma abordagem deontológica, ou seja, a Teoria da Justiça de Rawls tem o predomínio da justiça sobre o bem¹⁰.

Assim, na posição original, o indivíduo é colocado em situação equitativa hipotética, na qual, sob condição de incerteza, toma decisões conservadoras, ou seja, extrai o máximo possível na pior situação. Trata-se da regra do *maximin*, que importa em selecionar o melhor resultado dentre as opções mais desfavoráveis¹¹.

Portanto, no que tange à abordagem das Teorias da Decisão¹², Rawls parte da incerteza para chegar ao equitativo.

Nestas condições, os princípios extraídos são o princípio da liberdade e da igualdade.¹³

Tais princípios, ainda, estão graduados em ordem de prioridade lexical – o primeiro prevalece sobre o segundo, bem como a segunda parte deste sobre a primeira¹⁴. Tal significa que a redução de qualquer liberdade deve significar o fortalecimento do sistema total de liberdades partilhadas por todos. Portanto, na sociedade justa e organizada de Rawls, uma liberdade desigual é aceitável para benefício daqueles que tem liberdade menor, devendo ser aceita por quem tem liberdade maior.

9 (Ibidem, p. 67).

10 “De minha parte, direi que é nossa compreensão prévia de injusto e justo que garante a visão deontológica do denominado argumento autônomo, inclusive a regra do *maximin*. (...) A visão deontológica e mesmo a dimensão histórica do senso de justiça não só não são simplesmente intuitivas, como também resultam de uma longa *Bildung* oriunda da tradição judaico-cristã e greco romana.” (Ibidem, p. 87, grifo do autor).

11 (BASTOS, Romeu Costa Ribeiro e ROCHA, Maria Elisabeth Guimarães Teixeira. A Ética Jurídica da John Rawls e o Princípio *Maximin*. Uma Reflexão Sobre o Estado Constitucional Moderno e a Teoria da Decisão. Revista Latino-America de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, n. 2, jul/dez 2003, p. 436-437).

12 “Assim, a teoria da justiça, que, ao mesmo tempo, é uma teoria da sociedade, está ligada à teoria da escolha racional, pois procura investigar “(...) os princípios que seriam adotados de forma racional, dada uma situação contratual”.” (Ibidem, p. 432).

13 “Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo: (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.” (RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 64).

14 (BASTOS, Romeu Costa Ribeiro e ROCHA, Maria Elisabeth Guimarães Teixeira. A Ética Jurídica da John Rawls e o Princípio *Maximin*. Uma Reflexão Sobre o Estado Constitucional Moderno e a Teoria da Decisão. Revista Latino-America de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, n. 2, jul/dez 2003, p. 433).

O histórico julgamento do caso do desastre de Mariana/MG à luz da teoria da justiça de John Rawls

John Rawls teoriza a justiça como equidade tendo como um de seus pressupostos o pluralismo. Para tanto, o autor conjuga os princípios de liberdade e igualdade, derivando o chamado princípio da diferença¹⁵.

Tais princípios, aparentemente inconciliáveis, ao menos até então, foram finalmente alinhados, sendo, esta, uma das grandes contribuições da obra de John Rawls à filosofia política moderna¹⁶.

Veja-se que a Justiça de Rawls é equitativa, pois deriva de princípios escolhidos em situação equitativa¹⁷.

Ademais, caracteriza-se como justiça distributiva, cujos sujeitos primários são as estruturas básicas da sociedade, as instituições, pois são elas que distribuem os direitos e deveres, bem como partilham o rateio das vantagens da cooperação social.

Os critérios distributivos, aqui, não teriam como base o mérito moral¹⁸, mas a justa expectativa dos indivíduos que cumprem as regras de cooperação, na qual o egoísmo dá espaço ao esforço comum sob o incentivo do bem de todos. Ainda, ao afastar o mérito moral, Rawls justifica não se admitir arbitrariedades como critério para a justiça equitativa, afastando a justiça distributiva do critério meritocrático aristotélico¹⁹²⁰.

15 “O segundo princípio - chamado ‘Difference Principle’ - prevê que as desigualdades sociais somente poderão ocorrer como resultado da assunção de diferentes cargos e postos por diferentes indivíduos, e desde que esteja garantida a condição de igualdade de oportunidades para aqueles que dispõem de semelhantes aptidões naturais: além disso, ressalta ainda que tais diferenças deverão resultar em benefício daqueles indivíduos menos favorecidos na sociedade.” (OLIVEIRA, Neiva Afonso. Rousseau e Rawls. Contrato em Duas Vias. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 127, grifo do autor).

16 “A filosofia política clássica buscava em primeiro lugar a identificação do bem supremo e, de acordo com esse bem, a identificação da forma de organização política que melhor conduzisse a realização do modo mais excelente da vida humana. Na visão clássica o poder do governo emanava do divino ou de uma convicção unívoca do ‘bem’. Já na filosofia política moderna, o pressuposto é que o poder deriva do consentimento do povo e, sem isso, o governo perde sua legitimidade. Portanto, tem-se como seu papel fundamental a busca por princípios do sentido último da existência humana que conciliem indivíduos, os quais, embora divergindo sobre tais princípios, nascem e permanecem livres e iguais em direitos.” (Instituto CPPF - Café Filosófico - John Rawls e o Renascimento do Liberalismo/Luis Bernardo Araújo. Publicado em 18/03/2017. Podcast. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/6cL9Gnsffsn5Y2J0UEwhnu?si=a10nyBh9Q2S2_5oSUXax_w&utm_source=whatsapp. Acesso em: 23/12/2021).

17 (RICOEUR, Paul. O Justo 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 69).

18 (SANDEL, Michael J. Justiça. O que é fazer a coisa Certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 199).

19 “Uma prova disso é o fato de dizermos que uma pessoa equitativa é, mais do que todas as outras, um juiz compreensivo, e identificarmos a equidade com o julgamento compreensivo acerca de certos fatos.” (ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Trad: Mário Gama Kury. 4º Ed. Brasília: UNB, 2001, p. 123).

20 “Isso também está claro pelo princípio da “atribuição por merecimento”. Todos concordam que a justiça nas distribuições deve ser baseada em algum tipo de merecimento, embora

Do exposto, chega-se, finalmente, à “Sociedade Bem Organizada” de Rawls, um modelo cooperativo, na qual os indivíduos são parceiros. Esta sociedade cooperativa é o verdadeiro sujeito da justiça distributiva da Teoria Rawlsiana. Trata-se de uma sociedade na qual vige a institucionalidade democrática no âmbito das instituições e o senso de justiça no âmbito dos indivíduos. Nesta sociedade, a justiça é a virtude das instituições, diferente do que se vê em Kant²¹.

A sua estabilidade decorre do consenso a partir do qual foi concebido o contrato.

Após o contrato e a escolha dos princípios, os pactuantes devem escolher uma constituição e constituir um governo de legalidade, regido por normas e princípios²².

Importante esclarecer que na fase inicial desta sociedade ocorrerá o que Rawls denomina de “equilíbrio reflexivo”, remetendo ao estabelecimento de princípios racionais e a um processo de ajuste entre tais princípios e as normas, em mútuo esclarecimento empírico-dialógico²³.

Veja-se que esta Sociedade Bem Organizada está em evolução constante e é dotada de processos de aperfeiçoamento e revisão, bem como de mecanismos de coerção. E todo este sistema leva também à ideia de estabilidade, posto que a justiça aplicada desde o princípio como forma de equidade, igualdade, e liberdade, torna tal sociedade estável, sendo tal estabilidade então compreendida como

nem todos se refiram à mesma espécie de merecimento.” (MORRIS, Clarence. Os grandes Filósofos do Direito: leituras escolhidas em direito. In: _____. (org). Aristóteles. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 08).

21 “O Imperativo Categórico apenas expressa, de maneira geral, aquilo que constitui Obrigação. Pode ser exprimido pela seguinte fórmula: ‘Aja de acordo com uma Máxima que pode ser válida, ao mesmo tempo, como uma Lei Universal.’... A Razão põe em teste o princípio ou máxima de qualquer ação ao exortar o Agente a pensar em si mesmo em relação a ela ao mesmo tempo em que estabelece uma Lei Universal, e a considerar se sua ação está, portanto, qualificada a fazer parte de tal Legislação Universal...” (MORRIS, Clarence. Os grandes Filósofos do Direito: leituras escolhidas em direito. In: _____. (org). Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 239).

22 “É dever natural de justiça que propulciona, diz Rawls, o cidadão à obediência da constituição e das leis. É a lei a garantia de que situações iguais serão igualmente tratadas. E a lei aqui não é sinônimo de constrição, mas de liberdade. Consciente das dificuldades que engendram a discussão do tema da justiça nessa base, e dos comprometimentos de seus postulados teóricos, é que Rawls está preocupado em demonstrar materialmente a realizabilidade dos dois princípios (menciona a formação da constituição, dos processos legislativos, as formas de execução da lei etc.) nas instituições deve medrar o que se chama de justiça material.” (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 385).

23 OLIVEIRA, Neiva Afonso. Rousseau e Rawls. Contrato em Duas Vias. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 129-132.

consequência da justiça institucional.

É neste ponto que se passa a compreender o papel do Poder Judiciário, como uma instituição importante neste arranjo.

2.1 Oposição ao utilitarismo

A Teoria da Justiça de Rawls é opositora frontal da concepção filosófica utilitarista, que prioriza a maximização do bem frente ao justo, ou seja, parte-se do bem almejado para se conceituar o justo, permitindo sacrifício de liberdades sob tal justificativa.

Enquanto Rawls parte de uma concepção deontológica, estas teorias partem de concepções teleológicas, nas quais parte-se do bem almejado para se conceituar o que seria justo.

Enquanto no utilitarismo há o sacrifício velado dos menos favorecidos ou das minorias, na sociedade bem-organizada de Rawls estes são priorizados, não se admitindo seu sacrifício. Por tal motivo, a publicidade e a transparência estão presentes no processo de abstração dos Princípios de Justiça da Sociedade Bem Organizada da Rawls, derivando de verdadeiro consenso.

A garantia evitativa da violação em questão está expressa na teoria Rawlsiana pela já abordada Ordem Lexical dos princípios de Justiça, que determina que nenhuma perda, em qual grau for, pode ser compensada por qualquer aumento de eficácia econômica²⁴.

Outro ponto no qual se verifica ser a Teoria Rawlsiana uma reação ao utilitarismo, é na adoção da Teoria da Decisão com base na incerteza, ao adotar o *maximin*, quando Rawls afasta a possibilidade de se abstrair os princípios de justiça com base na probabilidade, pois tal pressupõe o risco de sacrifícios²⁵.

2.2 Teoria procedimental

Um forte argumento no sentido de que a Teoria Rawlsiana não seria estritamente Procedimental é o de que o “véu da

24 (RICOEUR, Paul. O Justo 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 77).

25 (BASTOS, Romeu Costa Ribeiro e ROCHA, Maria Elisabeth Guimarães Teixeira. A Ética Jurídica de John Rawls e o Princípio Maximin. Uma Reflexão Sobre o Estado Constitucional Moderno e a Teoria da Decisão. Revista Latino-America de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, n. 2, jul/dez 2003, p. 438-440).

ignorância” seria um recurso utilizado por Rawls apenas para conferir racionalidade à sua teoria. Porém, em verdade, os princípios de justiça como equidade teriam sido abstraídos antes do contrato, o que seria possível se verificar dada sua natureza claramente contrária ao utilitarismo. Portanto, este seria o conteúdo moral de tais princípios, estabelecendo-se a estranha condição da “ordem das razões”²⁶.

O próprio “equilíbrio reflexivo” revela este aparente dilema²⁷.

Ainda, veja-se que Rawls, ao afastar o mérito moral como critério distributivo, evidencia um conteúdo moral próprio em sua Teoria da Justiça, que derivaria da não admissão de arbitrariedades como critério para a Justiça Equitativa, citando como exemplo que certas pessoas nasçam com determinados talentos e outras não, bem como a valorização que determinada sociedade dá a determinados talentos, que são melhor recompensados²⁸.

Mas, como dito, trata-se dilema apenas aparente, sendo certo que mesmo uma concepção procedimental de justiça deva fornecer uma racionalização de um sentido de justiça sempre pressuposto²⁹.

A definição dos princípios de justiça anteriormente ao contrato, classificaria a Teoria da Justiça de Rawls como exploratória. Já depois, a torna definitiva.

Deste modo, inexistente conflito na classificação da Teoria da Justiça de John Rawls como Procedimental e, ao mesmo tempo, admitir que a mesma possui conteúdo moral.

Neste ponto, imperioso destacar que em “O Liberalismo Político”, Rawls retira sua Teoria da Justiça do campo da moral e a leva para o campo da filosofia política, buscando com isso contornar a discussão em questão³⁰.

26 (RICOEUR, Paul. O Justo 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 78-81).

27 (OLIVEIRA, Neiva Afonso. Rousseau e Rawls. Contrato em Duas Vias. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 131).

28 (SANDEL, Michael J. Justiça. O que é fazer a coisa Certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 200-201).

29 (RICOEUR, Paul. O Justo 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 80).

30 “Desse modo, o liberalismo político procura uma concepção política de justiça que, assim esperamos, possa conquistar o apoio de um consenso sobreposto que abarque as doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis de uma sociedade regulada por ela.” (RAWLS, John. O Liberalismo Político. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 52).

3 PODER JUDICIÁRIO

Como visto, a Teoria da Justiça de John Rawls trata da Justiça como Equidade, tendo como sujeito as instituições, visando a organização e evolução de uma sociedade cooperativa, não condescendente ao utilitarismo.

O modelo vigente no ordenamento pátrio, importado pela ciência jurídica, é o chamado institucionalismo, que coloca as instituições governamentais como centro das atenções das políticas públicas. Neste modelo, o que empresta legitimidade e universalidade às instituições governamentais é o critério da legalidade, de modo que deverá ocorrer o cumprimento por parte dos responsáveis em atingir todas as pessoas da sociedade. Ainda, trata-se de engrenagem dotada de coercibilidade, cabendo ao governo fazer cumprir suas políticas públicas, sem sanções³¹.

Ocorre que nem sempre há um perfeito ajuste a este quadro tradicional, sendo certo que determinadas situações geram reflexos na seara jurídica, sendo importante atentar sobre o controle que o Poder Judiciário exerce sobre as instituições desta sociedade.

Assim, defende-se a possibilidade deste controle sobre as políticas públicas, mediante justificação, notadamente visando tutelar a eficácia dos direitos fundamentais sociais³².

Não se trata de poder discricionário e ilimitado de intervenção, sob pena de se caracterizar como atuação ilegítima do Poder Judiciário em clara interferência na atuação do Poder Executivo.

Dito tudo isso, para além de defender a possibilidade de correção pelo Poder Judiciário quando uma política pública é inconstitucional, ou quando determinada instituição atua ilegalmente neste campo, o que se propõe discutir é sobre correções em casos de omissão do Estado, quando a norma jurídica concreta é elevada à categoria da própria instituição de política pública.

31 (SOARES, Heitor Cury. Políticas públicas e controle judicial: o papel da decisão judicial. Revista Brasileira de Políticas Públicas, 2012. Disponível em: [Políticas públicas e controle judicial: o papel da decisão judicial | Soares | Revista Brasileira de Políticas Públicas \(uniceub.br\)](#). Acesso em 20/12/2021, p. 23).

32 (Ibidem, p. 21-22).

4 SENTENÇA NO CASO MARIANA/MG

A sentença a ser analisada neste breve estudo, além de histórica, tem a tendência de aparentar ser uma discussão estritamente privada e finalista. Porém a mesma possui também caráter público, institucional, social e procedimental, como será pontuado.

É importante ter à luz este corte metodológico para que seja possível esta análise à luz da Teoria de John Rawls, evitando-se o sincretismo³³.

4.1 Delimitação do caso concreto

A sentença em questão foi proferida nos autos PJE nº 1016742-66.2020.4.01.3800, proferida pelo juízo da 12ª Vara Federal Cível e Agrária da Seção Judiciária de Minas Gerais/MG, Justiça Federal da Primeira Região, tratando-se do “Caso Samarco” (Desastre e Mariana/MG)³⁴.

Na referida ação, a COMISSÃO DE ATINGIDOS DE BAIXO GUANDU/ES requereu providências no sentido de se implementar, o mais rápido possível, o pagamento integral das Indenizações, Lucros Cessantes e Auxílios Financeiros Emergenciais das seguintes categorias: PESCADORES (subsistência, feto/amador,

33 “Essa proposta metodológica visa, respectivamente: 1.i) identificar a causa determinante da teoria; 1.ii) destacar quais autores referentes a influenciaram, já que também eles têm matrizes preconceituais que ajudam a saber se houve ou não sincretismo teórico, defeito que potencialmente torna a teoria contraditória já na origem; 1.iii) evitar que erros de premissa ou de conclusão afetem o próprio conceito a trasladar e, por conseguinte, sua funcionalidade; 1.iv) destacar o grau de reflexão a que a teoria foi exposta e, destarte, seu grau de maturidade ou de imaturidade; 1.v) constatar se a teoria foi capaz de dar resposta satisfatória ao problema inicialmente identificado, no sentido de haver resolvido um impasse, dilema ou paradoxo relevante, antes sem resposta coerente; 2) idem supra, porém com foco na teoria a receber o traslado; 3) obter a síntese das análises anteriores, com aplicação do conceito de forma contínua (ou seja, no mesmo contexto de sua origem) ou descontínua (ou seja, fora do contexto de sua origem). Nessa última hipótese, o fato de o conceito de uma teoria ser aplicado em outra de forma descontínua não deslegitima sua adoção, contanto que se observem as preocupações metodológicas supra.” (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Jumping ou Salto Conceitual de Uma Teoria para Outra: Continuidade/Descontinuidade Cognitiva e Proposta de Metodologia*. p. 21).

34 Pelo fato de a sentença possuir 195 páginas, ficou inviável a citação de seu inteiro teor ou mesmo que a mesma fosse anexada, razão pela qual optou-se pela transcrição de breves trechos relevantes para a presente análise. A íntegra em PDF pode ser acessada on line. (Decisao-indenizacao-mariana.pdf. Conjur, 2020, Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 20/12/2021).

protocolados e profissionais), REVENDEDORES DE PESCADO/COMERCIANTES, ARTESÃOS, AREEIROS, CARROCEIROS, AGRICULTORES, PRODUTORES RURAIS, ILHEIROS, LAVADEIRAS e ASSOCIAÇÕES EM GERAL.

Figuraram no polo passivo a empresas SAMARCO, VALE e BHP, tendo ainda atuado no feito a Fundação Renova e o Ministério Público do Estado do Espírito Santo por meio da Excelentíssima Dr.^a Promotora de Justiça Coordenadora do Grupo de Trabalho de Recuperação do Rio Doce.

Esta sentença é histórica, como ficará claro, por ter inaugurado um sistema “indenizatório” sem precedentes no país, o qual já sofreu ampliações e teve desdobramentos na atualidade. Tal foi expressamente consignado no julgado:

A presente demanda representa, portanto, a inauguração de uma nova via de acesso, instauração de um novo sistema indenizatório, célere e efetivo, diretamente na via judicial. Certamente, não se trata de um sistema perfeito, mas justo e possível!

[...]

A presente decisão é histórica!

Para melhor compreensão do caso, vale citar trecho da fundamentação da sentença que denota a magnitude do desastre de Mariana/MG:

O rompimento da Barragem de Fundão, ocorrido em 05 de novembro de 2015, desencadeou a liberação de, aproximadamente, 50 milhões de metros cúbicos de lama de rejeitos no meio ambiente. Parcela substancial do rejeito foi carreado ao Rio Doce, comprometendo toda a bacia hidrográfica, notadamente a região de Baixo Guandu. Trata-se, assim, do maior desastre ambiental do Brasil e suas repercussões no meio ambiente, em seu contexto mais amplo, são observados até os dias de hoje.

Ainda, na fundamentação, verifica-se que o impacto sequer pode ser mesurado numa escala temporal:

Quanto ao critério temporal suscitado pelas empresas réis (18 meses), evidentemente razão não lhes assiste.

Não há nenhum indicativo nos autos que comprove o retorno da qualidade da água 18 meses após o rompimento da barragem.

Muitos atingidos até hoje, decorridos quase 05 anos, ainda tem fundado receio de utilização da água do Rio Doce para os mais diversos fins.

A questão da segurança do pescado encontra-se sub judice, no âmbito dos Eixos Prioritários 6 e 9, ambos voltados para a realização de prova pericial (técnica) com vistas a equacionar, em definitivo, as dúvidas existentes.

Com efeito, é perfeitamente legítimo afirmar que 18 meses após o rompimento de Fundão não se tinha nenhuma informação técnica precisa sobre a qualidade da água, que permitisse aos profissionais ligados à ‘cadeia de pesca’ o retorno de sua profissão com segurança.

Somente a produção de prova técnica em juízo será capaz de afastar qualquer dúvida a esse respeito, trazendo conforto para o retorno da utilização do Rio Doce para pesca (e todo o grupo de atividades que rodeiam essa prática) por parte dos profissionais ligados à “cadeia de pesca”.

Assim, a magnitude do desastre não se refere apenas à sua extensão territorial, mas possui danos que vão se perpetrar por tempo indeterminado.

Registre-se que as categorias “pescador profissional/protocolado”, “revendedores de pescado formais”, “comerciantes de areia e argila”, “hotéis/pousadas/restaurantes/bares”, “comerciantes de petrechos de pesca”, “agricultores/produtores rurais/ilheiros – de grande porte”, teve o julgamento postergado na ocasião, por falta de provas no momento da referida sentença quanto à matriz de danos. Portanto, a sentença em análise é de procedência total com resolução parcial de mérito.

Ainda, na própria sentença foi apreciado pedido de tutela de urgência, esta fundamentada com base na pandemia por COVID-19, que restou deferida para fins de determinar o pagamento imediato dos valores fixados após o processamento e formalização das adesões à matriz de danos e homologação judicial dos elegíveis.

4.2 Natureza pública e social

A principal questão pública envolvida no caso diz respeito à conduta omissiva do Estado, seja no tocante à atividade mineradora, seja em relação à ausência de políticas públicas para lidar com situa-

ções desastrosas como esta.

Se por um lado a falta de normas ambientais eficientes ou de fiscalização idônea permitiram que o rompimento da barragem acontecesse, gerando todas as consequências impactantes ambientais, econômicas e sociais, especialmente as previsíveis e estimáveis, por outro lado, era de se esperar que houvesse planos de enfrentamento do ponto de vista institucional para lidar com desastres desta natureza, notadamente em termos sociais.

Sendo a exploração mineral pelas rés da ação em comento permitida no nível em que era praticada, deveria haver planos de contingência instituídos pelo governo, para que se pudesse falar em justiça como equidade num sistema estável, pois só assim haveria meios de restabelecer os pontos de partida das categorias atingidas pelo desastre. Mas, o que a sentença atestou foi o contrário, confirmando que, além da evidente falha na esfera administrativa, o judiciário não estaria preparado para receber e julgar individualmente as demandas decorrentes do desastre:

O sistema jurídico (quer processual, quer administrativo) não estava (e não está) preparado para lidar com demandas decorrentes de Desastres de grande magnitude, a exemplo do rompimento da barragem de Fundão, cujos danos socioambientais e socioeconômicos ultrapassam a extensão de 700 km, dezenas de municípios e milhares de atingidos.

Ademais, outro ponto sensível é que o desastre afetou as categorias relacionadas na referida ação judicial, retirando das mesmas a oportunidade de exercer sua atividade, o que esbarra em questão pública e social que se traduz em garantia fundamental constitucional, consoante Capítulo II do Título II da CF/88.

Assim, a sentença em análise, evidentemente, tem caráter corretivo no âmbito privado. Porém, está nítido que esbarra também em questão pública e social, visando institucionalizar mecanismos para equanimizar os pontos de partida das categorias afetadas às margens do Rio Doce, que ficaram impossibilitadas de trabalhar, sofrendo limitações ainda nos direitos de moradia, alimentação, transporte, educação, assistência etc.

Isso fica evidente na fundamentação da sentença, em especial:

A presente demanda foi trazida a este juízo pela COMISSÃO DE ATINGIDOS DE BAIXO GUANDU/ES, retratando de forma fidedigna o sentimento geral de descrença, desilusão e desespero dos atingidos quanto ao tema da indenização pelos danos decorrentes do rompimento da barragem de Fundão.

Decorridos quase 05 anos do Desastre de Mariana, constata-se que os atingidos NÃO aguentam mais esperar por promessas e discursos das instituições envolvidas!

Reitero: os (legítimos) atingidos NÃO aguentam mais esperar! Não foi por outro motivo que, cansados de esperar por soluções do sistema de justiça, resolveram (eles próprios), de forma organizada, inaugurar, nesta via judicial, a discussão da indenização dos danos das diversas categorias impactadas, a fim de buscarem, de forma célere, a aplicação do Direito correspondente. Não é demais repetir a postura firme e corajosa dos ATINGIDOS DE BAIXO GUANDU/ES que, lutando contra todas as adversidades, fizeram prevalecer o seu direito à auto-organização e à autodeterminação, a fim de que pudessem (livremente) decidir sobre os seus direitos e as suas vidas.

4.3 Colisão com o utilitarismo

Como ficou evidente, foram argumentos utilitaristas que causaram as duas citadas omissões do Estado causadoras do desastre de Mariana/MG.

Ainda, veja-se que os indivíduos que se enquadram nas categorias afetadas nesta ação são as “vítimas sacrificiais”, tanto quando do acontecimento do desastre, quanto após, pela forma como foram submetidas a um sistema de Justiça inapto na correção da situação:

Após inúmeras rodadas de negociações (em que não se logrou êxito na solução consensual) e depois da apresentação da petição de impugnação pelas empresas réis (SAMARCO, VALE e BHP), a COMISSÃO DE ATINGIDOS DE BAIXO GUANDU/ES reiterou o geral descontentamento dos atingidos quanto ao sistema de Indenização vigente, manifestando-se in verbis: As demandas destacam a realização da abordagem INDIVIDUAL dos atingidos no que diz respeito à elegibilidade e a possível valoração dos danos. Fato é que, o sistema criado por meio do TTAC, para o enquadramento dos atingidos nos programas NÃO TEM SIDO EFICAZ, pois se assim fosse, todos

O histórico julgamento do caso do desastre de Mariana/MG à luz da teoria da justiça de John Rawls

os atingidos cadastrados já teriam sido escutados, acolhidos, e já teriam sido levantados todos os danos sofridos ao indivíduo, pois já houve tempo mais que necessário para realizarem tais procedimentos.

É cediço que a abordagem de reparação integral dos danos realizada pela Fundação Renova, defendida na manifestação (“participação, centralidade e individualidade de cada atingido”) não é aplicada conforme a descrição, visto que o atingido não consegue participar ativamente na construção da valoração da reparação, tampouco seu valor indenizatório é individualizado (recebe o mesmo valor indenizatório dos demais atingidos de sua categoria – isso já ocorre com as políticas já existentes, como por exemplo, o pescador profissional – independente se possui várias embarcações ou quantidade de pescado mensal, este irá receber o mesmo quantum indenizatório).

Resta claro que, a valoração estabelecida pela Fundação não sempre foi uma forma de IMPOSIÇÃO, e não um regime de livre escolha e de participação do atingido, conforme alegado pelas rés.

O “ACEITE-SE”, ou “VÁ BUSCAR SEUS DIREITOS NA ESFERA JUDICIÁRIA”, é totalmente injusto e desleal por parte das rés. Além disso, é cediço que existe uma enorme dificuldade por parte dos atingidos em conseguir comprovar seus danos na Justiça Comum, de modo que as empresas utilizam a vulnerabilidade dos indivíduos em seu benefício próprio, para protelar infundavelmente e aguardando sua IMPUNIDADE.

A sentença em questão, ainda, reconheceu que a indenização seria devida ao titular do respectivo direito, não limitando tal à titularidade de cadastro junto à Renova, nem mesmo impossibilitando que vários membros de um mesmo núcleo familiar pudessem ser lesados em categorias iguais ou diversas. O critério passou a ser o direito lesado, sendo este o primeiro ponto de toque no que tange à correção do critério utilitarista anteriormente vigente para os lesados.

Mas há outro ponto sensível, restando evidenciada a adoção de solução conservadora ao se estabelecer o critério objetivo da limitação da extensão, tomada a margem do rio, para a qual se deve admitir a dependência do atingido aos frutos (pescado):

Das manifestações das partes, extrai-se que a discussão/divergência trazida a juízo relativamente à adoção da LMEO (Linha

Média das Enchentes Ordinárias) diz respeito à necessidade de limitação da extensão, tomada a margem do Rio Doce, para a qual admitir-se-ia (em tese) a dependência dos atingidos (PESCADORES DE SUBSISTÊNCIA) aos frutos produzidos pelo Rio Doce, notadamente o acesso, sem custo, à proteína animal. É fato incontestado que, historicamente, as comunidades ribeirinhas, onde disponível o pescado fácil, sempre se valeram dessa fonte para o suprimento de proteína animal, preferindo-a, pela ausência de custo e pelo fácil acesso, às outras fontes de proteína, como frango, boi e porco.

[...]

De início, tenho que assiste inteira razão às empresas réis ao defenderem a necessidade de instituir-se algum tipo de limite objetivo, em que se presumiria (em tese) a dependência do atingido (comunidade ribeirinha) à proteína obtida facilmente do pescado, sem qualquer custo.

Recorrendo às regras da experiência comum, esta nos mostra que apenas os atingidos que residem próximos ao rio (comunidades ribeirinhas) utilizam, como hábito diário, essa fonte de proteína gratuita.

Portanto, essa presunção – a toda evidência - só tem cabimento para as comunidades ribeirinhas, que possuam algum vínculo direto de dependência com o rio.

É óbvio que - com a facilitação dos meios de transporte nos dias atuais (motos, carros, bicicletas, ônibus) -um atingido que resida a 30 km do rio poderá dirigir-se ao mesmo para fins de obtenção do pescado. Mas essa situação, evidentemente, não pode ser tida como presumível por si só, pois não é recorrente e nem natural, diferentemente do que ocorre com as comunidades ribeirinhas.

Por isso, é fundamental estabelecer-se um limite objetivo que bem delimite essa presunção de vínculo/dependência com o pescado do rio, no que tange aos “PESCADORES DE SUBSISTÊNCIA” ou “PESCADORES DE BARRANCO”.

Nessa linha de raciocínio, a fixação de algum tipo de limite (limitação de extensão) é perfeitamente cabível e admissível, sob pena de criar-se uma verdadeira ficção (fantasia jurídica) de que todos os moradores da cidade dirigem-se diariamente ao rio para fins de obtenção gratuita da proteína.

[...] O ponto de partida LMEO (+500 metros) utilizado pela Fundação Renova é técnico e até mesmo interessante, já que utilizado pela própria União em situações de reassentamento pela construção de usinas hidrelétricas.

As hidrelétricas, no entanto, envolvem regiões distantes de mata, de floresta, comunidades afastadas, praticamente não

atingindo centros urbanos.

Segundo consta dos autos, a Fundação Renova adotou a LMEO (+ 1km), aduzindo ser um critério conservador, o “dobro” daquele utilizado pela UNIÃO (LMEO + 500m).

Decorridos quase 05 anos, é possível afirmar, com segurança, que o critério utilizado pela Fundação Renova não retratou, de forma adequada, a situação da “pesca de subsistência” na bacia do Rio Doce.

In casu, a situação é totalmente diferente. O Rio Doce corta diversas cidades e aglomerações urbanas, donde é perfeitamente possível imaginar um maior contingente de pessoas dependentes dos frutos do rio (“SUBSISTÊNCIA”).

Assim sendo, entendo que – ante as particularidades da região do Desastre –, que diferem das regiões isoladas do país, o critério deve ser ainda mais conservador, ou seja, o quádruplo daquele adotado pela União (LMEO + 2km). Este sim é apto a retratar, com melhor precisão, a situação de “pesca de subsistência” ao longo da bacia.

Assim sendo, considero que a limitação da extensão, tomada a margem do rio, para a qual se deve admitir a dependência do atingido aos frutos (pescado) produzidos pelo Rio Doce, notadamente o acesso, sem custo, à proteína, deve corresponder à LMEO (+ 2 km).

Veja-se que por desconhecer a realidade individual, o que se mostra de certo ponto impossível, adotou-se a opção mais conservadora possível como forma de eleger um critério justo, o que remete nitidamente ao *maximin*.

4.4 Caráter institucional e procedimental

“A pretensão da COMISSÃO consiste, em real verdade, que este juízo estabeleça, diretamente na via judicial, a MATRIZ DE DANOS das referidas categorias.”

Nesta sentença, ocorreu o reconhecimento de cada categoria como atingida pelo desastre, fixação de critérios para comprovação do enquadramento individual na respectiva categoria para fins de recebimento da indenização posteriormente e julgamento dos pedidos indenizatórios com fixação de valores para cada categoria.

O julgamento do pedido indenizatório passou ao largo do que se observa numa lide eminentemente privada comum, justamen-

te porque esta ação supre uma política pública inexistente para enfrentamento de desastres, como ficará evidente.

O primeiro momento em que tal se evidencia na sentença é na parte em que a fundamentação enquadra o desastre como eminentemente social, face ao número de lesados, a informalidade de suas atividades e também sua hipossuficiência:

Estima-se que o Desastre de Mariana (“CASO SAMARCO”) tenha impactado, direta ou indiretamente, um universo de mais de 500 mil atingidos, ao longo de mais de 700 km de extensão, desde de Mariana/MG até a foz do Rio Doce, em Linhares/ES. Numa concepção clássica, significaria dizer que cada um desses atingidos deveria comprovar em juízo a extensão individual dos seus danos (fato constitutivo do seu direito – art. 373, inciso I, do CPC), a fim de que a indenização pudesse ser fixada de modo correspondente.

Ocorre, entretanto, que esta situação (clássica) é totalmente inaplicável em cenário de grandes

Desastres, com multiplicidade de vítimas e danos.

[...]

Em segundo lugar, a solução clássica prevista no ordenamento civilista, muitas das vezes, não leva em consideração a realidade do local. No âmbito do Rio Doce, tem-se uma região extremamente simples e, por vezes, socialmente vulnerável. A realidade mostra que a maioria das vítimas (atingidos) não tem condições apropriadas de comprovarem muitos dos danos que não só alegadamente (mas seguramente) experimentaram. A situação de informalidade é tão presente na bacia que muitos atingidos sequer conseguem provar a profissão alegada, ou mesmo no endereço de residência.

Em terceiro lugar, vê-se que o Judiciário, ao assim proceder, não consegue resolver o conflito, e muito menos conduzir a algum tipo de pacificação social.

Tudo isto evidencia que, numa perspectiva eminentemente clássica, o sistema legal não oferece solução adequada para processos dessa envergadura.

É por essa razão que o presente feito (histórico) requer do Poder Judiciário uma nova abordagem da indenização aos atingidos, permitindo que a prestação jurisdicional cumpra a sua missão de levar pacificação social.

O brilhantismo da fundamentação, busca a fundamentação no exemplo internacional, propondo critérios novos para uma inde-

nização em massa:

No direito norte-americano há muito se discute sobre a construção de sistemas indenizatórios simplificados (médios), com critérios mais flexíveis, em que se possa apresentar uma solução indenizatória comum às vítimas, não propriamente perfeita e ideal, mas sim possível.

Trata-se do que os americanos conhecem como a aplicação do “rough justice”. ALEXANDRA DEVORAH LAHAV (University of Connecticut School of Law) ensina que na maioria das demandas indenizatórias de massa é praticamente impossível levar todos os casos à apreciação do Judiciário, com instrução individualizada de cada um deles. Em razão dessa constatação, muitos juizes têm buscado implementar soluções medianas, em que os danos (standards comuns) são extraídos das experiências comuns cotidianas. Esclarece, ainda, que a ideia do “rough justice” é tentar resolver um grande número de casos oferecendo aos litigantes a fixação de uma compensação (indenização), a partir de uma base comum presumível.

Trata-se de nítida solução procedimental, posto que se busca fixação de critérios presumíveis para fixação da matriz de danos, ignorando-se a particularidades e individualidades dos lesados, situação próxima ao mesmo recurso metodológico utilizado por Rawls em seu “véu da ignorância”:

No Brasil, DIEGO FALECK (Mestre pela Harvard Law School e Doutor em direito pela USP) afirma que: “existem situações em que interesses, percepções e contextos diferem substancialmente, e o designer deve ter o papel de desenvolver um processo que permita o entendimento do peso da visão e perspectiva de cada parte no contexto do todo em disputa, para promover uma visão compositiva para o problema, também conhecida como ‘rough justice’, ou justiça possível.”

[...]

A necessidade de garantias processuais pode se fazer necessária em um contexto e menos necessária em outro. A natureza da fonte indenizadora, o número e a natureza das demandas, a necessidade de rapidez, contexto cultural, os recursos disponíveis a serem administrados e a aceitabilidade política da maneira de se avaliarem pleitos indenizatórios devem ser levados em consideração. O Brasil é carente desse tipo de raciocínio na resolução de questões coletivas e individuais homogêneas. A

preocupação excessiva e descontextualizada com as garantias processuais torna raras as oportunidades de utilização do conceito de visão compositiva”. (FALECK, Diego. Manual de Design de Sistemas de Disputas. Lumen Juris Editora: São Paulo, 2018 p. 133/134.)

E de forma absolutamente precisa, FALECK afirma que: “[...] um programa de indenização pode se utilizar de modelos simplificados e tabelados de indenização, conforme critérios de aproximação com a realidade, ao invés de exigir prova documental mais robusta de danos”. A ideia do “rough justice” é se valer de um processo simplificado para lidar, de forma pragmática, com questões indenizatórias de massa, em que se revela praticamente impossível exigir que cada uma das vítimas apresente em juízo a comprovação material (e individual) dos seus danos.

A partir do “rough justice”, implementa-se simplificações necessárias, de acordo com cada categoria atingida, para possibilitar uma indenização comum e definitiva a partir dos critérios estabelecidos, ao invés de uma indenização individual, personalíssima, com base em robusta prova documental exigida pela lei processual.

In casu, ao pretender que este juízo federal estabeleça, em sede de ação coletiva, a matriz de danos das diversas categorias atingidas, inclusive com pedido subsidiário de adoção de valores para fins de quitação definitiva, a COMISSÃO DE ATINGIDOS reconheceu, de forma absolutamente leal, as dificuldades inerentes à comprovação (civilística) dos danos alegados, muito em razão da situação de informalidade e de vulnerabilidade socioeconômica da bacia do Rio Doce.”

A sentença, ao tratar da tratar da categoria das “lavadeiras”, consignou:

Cuida-se aqui de definir uma solução indenizatória média, de caráter coletivo, em que se possa presumir, com segurança, o enquadramento mediano de todas as “lavadeiras”, sem levar em conta as situações individuais de cada uma.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, ao tratar da categoria “artesãos”, argumentou:

Vale dizer: nem todos os “artesãos” possuíam a mesma força e capacidade de trabalho; nem todos possuíam a mesma apti-

O histórico julgamento do caso do desastre de Mariana/MG à luz da teoria da justiça de John Rawls

dão/ágilidade/destreza para produzir/confeccionar artesanato; certamente uns trabalhavam mais do que outros e tinham uma clientela diversa (qualidade/quantidade).

Do mesmo modo, nem todos expunham seu artesanato em feiras nacionais. Tudo isto demonstra que a situação individual de cada um era diferente, pela própria natureza da profissão.

Do mesmo modo, no âmbito processual, enquanto alguns poucos conseguirão demonstrar e comprovar os danos alegados, a justificar o valor pretendido de R\$241.684,00, certamente a imensa maioria, dada a informalidade, não terá prova de nada, a não ser a própria palavra, conduzindo a um juízo de improcedência.

Registre-se que para os “areiros/carroceiros”, “pescadores informais/artesanais/de fato”, atividades ligadas à “cadeia produtiva da pesca” “revendedores de pescado informais/ambulantes”, “associações em geral”, “agricultores/produtores rurais/ilheiros – para consumo próprio/subsistência”, “agricultores/produtores rurais/ilheiros – para comercialização informal”, o critério foi similar.

Ao tratar do “pescador de subsistência, o critério foi diverso, porém aqui também evidente a escolha conservadora, a ausência de indagação da situação pessoal de cada lesado, além de ficar evidente a veia social do caso, pois aqui se utiliza a própria Lei de Assistência Social como critério:

Alegação de “subsistência” pressupõe vulnerabilidade, fato este que pode ser aferido (confirmado ou afastado) por intermédio da pesquisa de renda.

[...]

A título de comparação, nas ações de assistência social (LOAS), cujo público alvo são pessoas vulneráveis, a Lei Federal 8.742/93 adota como critério, para fins de elegibilidade, a renda mensal per capita igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

O critério adotado pela Fundação Renova (1/2 – metade – do salário mínimo) é, portanto, adequado, eis que superior ao LOAS, e em consonância com as atuais diretrizes do Governo Federal. *In casu*, entendo que o critério utilizado pela Fundação Renova é juridicamente válido, pois retrata de forma fidedigna a realidade local.

Enquanto justiça procedimental, além de afastar a indivi-

dualidade dos danos para dar a medida das indenizações, observa-se que foi criado todo um mecanismo visando conferir a roupagem de justiça para quando cumpridas tais regras, vale citar: a determinação de instituição de fluxo próprio para cumprimento da referida sentença por meio de plataforma *on line*, até 31/07/2020; a obrigatoriedade da representação do atingido por advogado com poderes específicos, na fase de adesão; a necessidade de renúncia ou desistência das ações individuais para a adesão por ser esta via benéfica e favorável ante a flexibilização dos requisitos para enquadramento das categorias contempladas.

Veja-se, neste ponto, que enquanto justiça procedimental, a solução dada não visa a entrega do bem em si, mas o estabelecimento de regras que configuram um ponto de partida equânime.

5 CONCLUSÃO

Como ficou claro, a Teoria da Justiça de John Rawls tem como sujeito primário as instituições. As diferenças entre os indivíduos, para Rawls, não são em si uma injustiça, mas sim o modo como as instituições lidam com tais diferenças é que pode vir a ser.

Deste modo, a base da Teoria Rawlsiana de Justiça, enquanto Procedimentalista, não visa que as instituições em questão atuem de modo a extinguir tais diferenças, não assegurando, portanto, o resultado final. Caso a ideia fosse esta, o foco seria Finalista, com a entrega do próprio bem final. Mas, nesta Teoria de Justiça Procedimentalista, basta que sejam estabelecidos pontos de partida equâni- mes para se falar em uma sociedade justa e organizada.

Mas, isto não é tudo! Para que haja justiça devem imperar os princípios de justiça estabelecidos no contrato, que, como restou obvio, é uma clara oposição ao utilitarismo.

À luz destas premissas, construídas a partir do estudo da Teoria da Justiça de John Rawls, ousou-se, de modo desafiador, analisar tais bases teóricas no caso concreto, pois, como visto, o Poder Judiciário tem papel relevante na estabilidade da Sociedade Bem Organizada.

Registre-se, ainda, que a estabilidade deste sistema deriva do consenso, que se presume se presume, pois o judiciário, enquanto instituição, foi criado com a finalidade de aplicar a Lei com força de

coisa julgada, sendo parte do contrato a aceitação das partes nesta solução para seu conflito.

A pretensão deste breve estudo não foi a de exaurir o tema proposto nem de responder a todos os questionamentos envolvidos. Ao contrário, a ideia é muito mais provocar uma discussão em torno das possibilidades frente ao tema.

Como visto, buscou-se investigar a natureza social e institucional por trás de uma demanda, em tese eminentemente privada.

Apesar dos muitos pontos de toque sensível com a Teoria da Justiça de John Rawls, outros nem tanto, ficou evidente a total ausência de instituições governamentais aptas a lidar com catástrofes desta magnitude no Brasil, questão esta totalmente afeta às políticas públicas.

Portanto, sem pretender defender o cabimento de responsabilidade do Estado por omissão na hipótese, propôs-se apenas um outro olhar às indenizações fixadas, que, sob este enfoque, passaram a fazer às vezes de benefício assistencial, do ponto de vista político e social, de modo a sanar esta lacuna.

Tratando-se a Teoria Rawlseana de uma abordagem política liberal, assumir tal linha de raciocínio não soa absurdo. Ao contrário!

De certo que, que enquanto o pagamento dos valores é realizado por empresa privada, estas também responsáveis pelos danos, a sua natureza jurídica é meramente indenizatória, mesmo que sem a individuação específica dos danos caso a caso, apenas com o arbitramento coletivo, como a fundamentação da sentença analisada deixou claro.

Porém, tal sentença, muito além de enfatizar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, fez as vezes de instituição pública, criando procedimento para assistência dos atingidos, assistência esta a ser prestada pelas empresas demandadas ao invés do Estado, o que constitui por vários ângulos verdadeira política pública.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad: Mário Gama Kury. 4. ed. Brasília: UNB, 2001.

BASTOS, Romeu Costa Ribeiro e ROCHA, Maria Elisabeth Guimarães Teixeira. A Ética Jurídica da John Rawls e o Princípio Maximin. Uma Reflexão Sobre o Estado Constitucional Moderno e a Teoria da Decisão. *Revista Latino-America de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 2, jul/dez 2003

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

Decisao-indenizacao-mariana.pdf. *Conjur*, 2020, Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 20/12/2021.

Instituto CPFF - *Café Filosófico* - John Rawls e o renascimento do liberalismo/Luis Bernardo Araújo. Publicado em 18/03/2017. Podcast. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/6cL9Gnsffsn5Y2J0UEwHnu?si=a10nyBh9Q2S2_5oSUxax_w&utm_source=whatsapp. Acesso em: 23/12/2021.

MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

OLIVEIRA, Neiva Afonso. *Rousseau e Rawls: contrato em duas vias*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

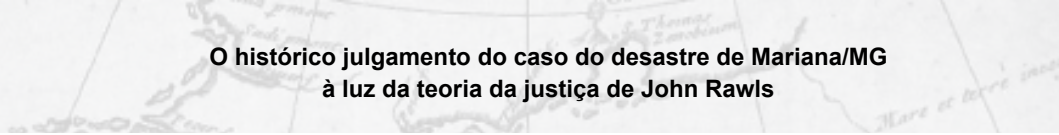
RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *O Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RICOEUR, Paul. *O justo*. V. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANDEL, Michael J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SOARES, Heitor Cury. Políticas públicas e controle judicial: o papel da decisão judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2012. Disponível em: [Políticas públicas e controle judicial: o papel da decisão judicial | Soares | Revista Brasileira de Políticas Públicas](#)



**O histórico julgamento do caso do desastre de Mariana/MG
à luz da teoria da justiça de John Rawls**

uniceub.br. Acesso em: 20 dez. 2021.

A extinção da punibilidade do crime tributário na ótica da teoria da justiça de Friedrich Hayek

Bruno Gimenes Di Lascio

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar hipoteticamente a subsunção da teoria da justiça elaborada por Friedrich August von Hayek sobre a adoção, pelo sistema brasileiro, da extinção da punibilidade penal nos delitos tributários, a partir do pagamento do crédito devido pelo contribuinte (reparação do dano), independentemente da época – como outra modalidade de arrependimento posterior distinto do mecanismo similar do Código Penal.

Com a implantação do sistema de refinanciamento de dívidas fiscais (Refis), o ordenamento jurídico brasileiro foi contemplado com a possibilidade de reparcelamento de obrigações tributárias vencidas, de suspensão do prazo prescricional e de extinção da punibilidade nos casos de supressão criminosa de crédito tributário.

Assim, havendo supressão delituosa de crédito tributário, independentemente do tipo penal selecionado, o devedor integrará polo passivo de ação executiva fiscal e ação penal, simultaneamente ou não, mas o efetivo adimplemento do valor cobrado naquela extinguirá a punibilidade almejada nesta, ainda que posteriormente ao fazimento da coisa julgada material pelo trânsito da ação.

Diante desse quadro de favorecimento ao contribuinte penalmente imputado, que se “arrepente posteriormente” do fato lesivo e quita o débito, o presente estudo pretende analisar a aplicabilidade da teoria hayekiana de justiça sobre a lógica do pagamento da dívida fiscal ativa como ato despenalizador, com o objetivo de responder se

o arrependimento posterior alargado na legislação tributária-penal brasileira está circunscrito por aquilo que a teoria hayekiana define como “justo”.

Para tanto, o estudo, que será desenvolvido por meio do método indutivo a partir de revisão bibliográfica, inicialmente analisará o histórico legislativo da extinção da punibilidade pelo pagamento do débito fiscal para entender a intenção legislativa – e estatal – de incentivar o pagamento de tributos por meio do encerramento da persecução penal.

Em seguida, irá introduzir e abordar a teoria da justiça presente na obra do economista e filósofo Friedrich August von Hayek, que teceu diversas considerações acerca do regimento do Estado de Direito, das liberdades individuais e da consecução da justiça naquilo que ele idealmente chamava de “catalaxia”, ou ordem espontânea de mercado.

Por fim, o estudo analisará se a teoria hayekiana de justiça reconhece como justo o pagamento da dívida fiscal ativa como ato despenalizador, em contraste com a impossibilidade de se praticar o mesmo em todos os demais tipos penais do ordenamento penal comum.

2 PANORAMA DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL SOBRE A EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE DO CRIME TRIBUTÁRIO PELO PAGAMENTO DA DÍVIDA

A extinção da punibilidade de crime tributário pelo pagamento da dívida fiscal consolidada está prevista e atualmente vigente em diversos dispositivos legais dos mais variados diplomas normativos, tais como no artigo 34 da Lei Federal nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, que alterou a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido; no artigo 83 da Lei Federal nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que dispôs sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, e o processo administrativo de consulta, com redação dada pela Lei Federal nº 12.382, de 25 de fevereiro de 2011; no artigo 15 da Lei Federal nº 9.964, de 10 de abril de 2000, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal (Refis); no artigo

9º da Lei Federal nº 10.684, de 30 de maio de 2003, que alterou a legislação tributária e dispôs sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social; no artigo 69 da Lei Federal nº 11.941, de 27 de maio de 2009, que alterou a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários, concedeu remissão em casos específicos e instituiu regime tributário de transição, e no artigo 6º da Lei Federal nº 12.382, de 25 de fevereiro de 2011, que disciplina a representação fiscal para fins penais nos casos em que houve parcelamento do crédito tributário e altera a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

A instabilidade legislativa e a sobreposição de normas tratantes do mesmo tema demonstram a insegurança do sistema, que ora contempla ilimitada causa de extinção de punibilidade pelo pagamento do débito fiscal, ora contempla tão somente o adimplemento da dívida ativa até o recebimento da denúncia criminal pelo juízo do processo de conhecimento em determinados tributos expressamente nominados pela atividade legiferante. Em quaisquer casos, está-se diante de um nítido arrependimento posterior especial ou alargado¹, distinto do comum, este previsto no artigo 16 do Código Penal.

Dentre os dispositivos já citados, destacam-se o artigo 15 da Lei Federal nº 9.964, de 10 de abril de 2000, e o artigo 9º da Lei Federal nº 10.684, de 30 de maio de 2003. O primeiro versa a extinção de punibilidade do crime fiscal quando “a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal”, conforme dispõe o parágrafo terceiro. Neste

¹ Digno notar que vários autores divergem a respeito da rotulação do mecanismo de extinção da punibilidade pelo pagamento. Luiz Regis Prado o concilia com a desistência voluntária (PRADO, 2019, p. 379-380). Heleno Taveira Torres o chama de arrependimento eficaz, considerando as normas do Código Tributário (TORRES, 2019). Divergimos neste ponto. Tanto a desistência quanto o arrependimento eficaz devem se dar antes mesmo da produção de resultado. No caso ora tratado, o tributo já teve seu lançamento consolidado, definitivo. Assim, a lesão ao bem jurídico-penal tutelado (arrecadação) já produziu seu resultado naturalístico. Diverso seria se, logo após a autuação fiscal, o agente quitasse a dívida antes que as autoridades persecutórias tomassem ciência do fato. Mas aí não haveria que se falar em extinção da punibilidade, dada a ausência de ação penal instaurada. Por isso, temos nos parecido com a corrente que advoga pelo instituto do arrependimento posterior como aquele que melhor se encaixa para definir a conduta do agente delituoso que repara o dano em crime tributário (DELMANTO, 2016, p. 128).

caso, a benesse também se aplica a “programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios” que adotem regramento semelhante ao da lei federal.

Por sua vez, a Lei Federal nº 10.684, de 30 de maio de 2003, estende o proveito para “quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios”, conforme prescrição do artigo 9º, parágrafo segundo, que não limita a benesse ao lapso temporal que antecede o recebimento da petição inicial acusatória, mas possibilita a quitação dos débitos a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado da respectiva sentença penal condenatória.

Considerando a recentidade da *lex nova*², que em tese abrogaria as anteriores, o artigo 69 da Lei Federal nº 11.941, de 27 de maio de 2009, substancialmente repete o conteúdo normativo previsto na Lei Federal nº 10.684/2003, mas acrescenta em parágrafo a hipótese de extinção da punibilidade quando se tratar de adimplemento tributário por pessoa física:

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.

2 A esse respeito, válido mencionar que, à época, a Procuradoria-Geral da República impetrou ação direta de inconstitucionalidade com visa a impugnar o artigo 9º da Lei Federal nº 10.684, de 30 de maio de 2003, e o Supremo Tribunal Federal, em decisão publicada no dia 11 de dezembro de 2009, julgou prejudicada a ação, por perda superveniente do objeto. A corte entendeu que, com a vigência da Lei Federal 11.941, de 27 de maio de 2009, o dispositivo objeto da insurgência havia sido tacitamente revogado, conforme o respectivo acórdão: “Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, com o objetivo de impugnar a validade jurídico-constitucional do art. 9º da Lei Federal nº 10.684, de 30 de maio de 2003. [...] Cabe acentuar, neste ponto, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, inviáveis, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175). Impõe-se enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de ação direta de inconstitucionalidade [...] Sendo assim, em face das razões expostas, julgo prejudicada a presente ação direta, por perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se.”

Os delitos mencionados pelo artigo imediatamente antecessor e que fazem jus à benesse são aqueles previstos nos artigos 1º e 2º da Lei Federal nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que tratam de supressão ou redução de crédito tributário por meio de condutas fraudulentas, omissivas, falseadas e apropriadoras, e no artigo 168-A do Código Penal, que criminaliza o não repasse à previdência social das “contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional”.

Indaga-se a possibilidade de se aplicar a norma mais recente, da Lei Federal nº 11.941/2009, aos demais crimes que possuem relação com o poder de tributar, ou que ainda firmam o bem jurídico-penal tutelado – a arrecadação fiscal. Exemplo disso é o delito de descaminho, contido no artigo 334 do Código Penal (iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria). De fato, não haveria lógica em beneficiar o agente que comete fraude ou falsidade ideológica para fins de supressão de crédito tributário e não incluir na possibilidade o agente que, por motivos variados, se desloca entre os limites fronteiriços brasileiros portando objetos carente de tributação³.

Crê-se, assim, que a legislação aplicável não distingue o tipo de crime tributário que atrai a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito, contanto que o bem jurídico-penal tutelado pelo tipo penal seja a arrecadação tributária – como é o caso, por exemplo, do descaminho.

A Lei Federal nº 12.382, de 25 de fevereiro de 2011, que disciplina a representação fiscal para fins penais nos casos em que houve parcelamento do crédito tributário e altera a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, promoveu modificações nesta legislação e trouxe ao ordenamento nova limitação ao pagamento total da dívida ativa a pretexto de se encerrar a persecução penal. Seus dispositivos, porém, não têm o condão de ab-rogar a possibilidade de pagamento direito da totalidade do débito, como forma de extinção da punibilidade, conforme especificam Luiz Flávio Gomes e Adel El Tasse (GOMES; TASSE, 2011):

3 No passado, o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado da Súmula nº 560, que ampliava o benefício aos delitos de descaminho e contrabando: “A extinção da punibilidade, pelo pagamento do tributo devido, estende-se ao crime de contrabando ou descaminho, por força do art. 18, § 2.º, do Dec.-lei 157/1967.”

De acordo com a nossa opinião, a Lei 12.382/11 regulamentou a extinção da punibilidade dos crimes tributários nas situações de parcelamento do débito tributário, não tendo afetado o disposto no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/2003, que prevê a extinção da punibilidade em razão do pagamento (em qualquer tempo). Pagamento direto, sem parcelamento, não é a mesma coisa que pagamento antecedido de parcelamento do débito tributário. Há, assim, duas situações distintas: pagamento direto (regido pela Lei 10.684/2003) e pagamento mediante parcelamento (agora disciplinado na Lei 12.382/11). Ambos os pagamentos extinguem a punibilidade nos crimes tributários, mas suas características são completamente distintas.

Com a legislação de 2011, é possível cindir a temporalidade do pagamento do débito fiscal em duas vertentes: o pagamento do resquício do débito já parcelado antes do recebimento da denúncia criminal, e o pagamento da totalidade do débito antes ou depois da denúncia criminal ou até mesmo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Para fins do presente estudo, o foco se posicionará sobre o pagamento integral do débito a qualquer tempo, porque mais demonstrativo da hipótese de injustiça. De toda forma, é possível concluir junto de Fernanda Amorim Almeida Oliveira (2016, p. 110):

[...] o § 2º do art. 9º da Lei n. 10.684/2003 continua sendo aplicado nas hipóteses de extinção da punibilidade pelo pagamento direto, pois não foi revogado pelo art. 69 da Lei n. 11.941/2009, tampouco pelo art. 83, § 4º, da Lei n. 9.430/1996, incluído pela Lei n. 12.382/2011 (visto que ambos tratam especificamente da extinção da punibilidade pelo pagamento decorrente do parcelamento). São situações diversas, portanto.

A jurisprudência brasileira igualmente entende ser cabível a extinção da punibilidade pelo pagamento integral (direto) do crédito tributário a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória por delito de cunho fiscal⁴, haja vista que

4 Informativo n. 705 STF: “Sucede que a norma mais recente referir-se-ia especificamente a débitos submetidos a anterior parcelamento, e a Lei 10.684/2003 incidiria indistintamente, a configurar hipótese mais ampla. Com o advento da Lei 12.382/2011, teria sido estabelecido novo regramento à matéria, para vincular a extinção da punibilidade ao pagamento realizado antes do recebimento da denúncia. Entretanto, repisou que essa norma não teria revogado a citada regra da Lei 10.684/2003, que trataria de pagamento direto, e não parcelamento. Assim, o pagamento integral promovido anteriormente ao trânsito em julgado da condenação — ou

“quem, por suprimir ou reduzir tributo, incorre em pena prevista no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, mas, a qualquer tempo, paga o tributo sonegado tem sua punibilidade extinta, por aplicação do art. 34 da Lei n. 9.249/1995 ou do art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003”⁵.

Fica claro, assim, que legislação, doutrina jurídica e jurisprudência são uníssonas em afirmar a viabilidade da extinção ilimitada da punibilidade do agente que paga a totalidade da dívida ativa fiscal, antes ou depois do trânsito em julgado da sentença penal que o condenou como incurso nas penas dos delitos contra a ordem tributária.

3 BASES DA TEORIA HAYEKIANA DA JUSTIÇA

Ao se analisar a teoria da justiça dissertada por escritor do passado, é crucial entender as crenças e valores que se solidificam no seu pensamento sobre Estado, sociedade, economia, soberania etc. Nesse sentido, Hayek defende expressamente uma ordem livre, sem restrições individuais previamente planejadas, mas que precisa de regras formais que protejam os domínios privados dos indivíduos para que cada um possa agir da maneira que eventualmente pretenda, sem ser direcionado ao um fim concreto, nem partir de valores equivalentes, mas tão somente se submeter a regras abstratas que permitam sua liberdade de atuação (HAYEK, 1981).

Seu pensamento se conecta com ideias anteriores e as desenvolve à sua maneira. Em se tratando de Friedrich August von Hayek, importa observar que o autor austro-húngaro se vê como um legatário do liberalismo emanado por autores como David Hume, Edmundo Burke, Adam Smith e Lord Acton, ou seja, pensadores atrelados àquilo que se chamou de “liberalismo britânico”.

Hayek divide o liberalismo em duas grandes tradições: a britânica, que se traduz na liberdade individual dentro da lei, e a francesa ou europeia continental, que deu dimensão à ideia de poder da maioria, e teve como expoentes Voltaire, Jean Jacques Rousseau, Condorcet e outros.

Para Hayek, os dois tipos de liberalismo têm princípios fun-

mesmo após esse fenômeno — implicaria a extinção da punibilidade.”

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. HC 414.879/SP. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=201702240885&dt_publicacao=30/05/2018. Acesso em 08 dez. 2021.

damentais distintos. O liberalismo à britânica crê na espontaneidade da evolução social e na reprodução das tradições. O liberalismo francês crê no construtivismo social, pois a razão humana é ilimitada e capaz de criar novas instituições independente do legado anterior (HAYEK, 1981).

O liberalismo à francesa transformou-se em “democratismo”, com poder ilimitado da maioria, e, por consequência, mostrou-se antiliberal⁶.

O liberalismo insular ou britânico deriva da descoberta espontânea das benesses trazidas pela limitação do poder na Inglaterra, por desconfiança dos governantes. A partir da constatação dessas benesses, passou-se a tentar teorizar as circunstâncias que as possibilitaram (HAYEK, 1981). A partir disso, Adam Smith e seus seguidores passaram a dissertar sobre o estado de coisas surgido na Grã-Bretanha, que, apesar de imperfeito, subsidiaram a defesa do *commow law*, do império da lei e do governo legalmente limitado⁷.

Segundo Hayek (1981, p. 49), o conceito central do liberalismo é:

[...] o de que sob a aplicação de regras universais de conduta justa, protegendo um reconhecível domínio privado dos indivíduos, formar-se-á uma ordem espontânea das atividades humanas de muito maior complexidade do que jamais se poderia produzir mediante arranjos deliberado, e que em consequência as atividades coercitivas do governo deveriam limitar-se à aplicação dessas regras, quaisquer que sejam os demais serviços que simultaneamente o governo possa prestar na administração dos recursos específicos que forem colocados à disposição para esses fins.

De acordo com Hayek, a liberdade de todos os indivíduos gera uma ordem de fatos aleatórios e imprevisíveis, mas que se auto regulam numa estabilidade concreta. Dela surge a “ordem do mercado”, isto é, no conjunto de iniciativas particulares que, de modo recíproco, geram benefício aos envolvidos⁸.

6 Para ilustrar sua perspectiva, Hayek (1981, p. 48) cita diretamente frase de Voltaire, com forte apelo revolucionário: “se quereis boas leis, queimai as que tendes e fazei novas”.

7 Apesar disso, Jeremy Bentham, posteriormente, ganhou influência com seu construtivismo utilitarista, de origem mais ligada ao liberalismo continental ou francês.

8 Hayek ainda difere a ordem espontânea do mercado da mera ordem econômica. A economia, em sentido estrito, é a utilizada dos escassos recursos para a maximização da produção de determinados resultados, e inevitavelmente enseja a uma organização previamente

A extinção da punibilidade do crime tributário na ótica da teoria da justiça de Friedrich Hayek

O bem comum, neste caso, não é a soma dos resultados particulares, mas a situação gerada por uma ordem abstrata, não dirigida, que consegue proporcionar aos particulares que se utilizem das suas iniciativas para atingir seus objetivos (HAYEK, 1981).

Assim, o liberalismo de Hayek se define pelo império da lei, ou seja, o governo só pode agir de determinada forma prescrita em lei, pois a lei é previamente conhecida pelos indivíduos, trazendo a eles uniformidade na sua aplicação.

Para Hayek, as regras de conduta justa devem considerar que o indivíduo agraciado possa vislumbrar as consequências das suas decisões, não sendo possível sancioná-lo por consequências imprevisíveis (HAYEK, 1981). Porém, a maior parte das consequências das ações sob o império da ordem espontânea do mercado (ou *catalaxia*⁹) são imprevisíveis, e por assim o serem, as coisas boas distribuídas pelo mercado não podem ser valoradas como justas ou injustas¹⁰.

Em regra, homens livres não podem estar sujeitos a normas que lhes imponham obrigações de fazer, mas tão somente a condutas proibitivas, aquelas que impõem limitações aos seus atos (HAYEK, 1981). Há exceções: salvamento de vidas, prevenção de catástrofes, auxílio em alto-mar etc.

Por último, Hayek descreve que as regras escolhidas devem passar por um teste de universalidade, nos moldes do imperativo categórico kantiano. Assim, a regra é aplicável em todas as situações possíveis e, se não entrar em contrariedade com outras normas, tem-se a compatibilidade almejada (HAYEK, 1981).

Segundo Hayek, as normas de conduta justa dizem respeito àquelas ações de indivíduos que afetam outros. Assim, numa ordem espontânea, a posição de cada pessoa é resultante das ações das outras, e diante dessa aleatoriedade, ninguém tem a responsabilidade ou o poder de garantir que as ações isoladas somadas umas às outras produzirão resultado específico para determinada pessoa. Em

dirigida. A ordem espontânea de mercado, diversamente, é a interação de muitas economias administradas que, juntas, formam um contexto complexo.

9 Para extinguir a confusão terminológica, o autor propõe chamar a ordem espontânea do mercado de “*catalaxia*” (HAYEK, 1981, p. 51).

10 Em determinado trecho, Hayek reflete sobre como se poderia conceituar um “preço justo”, por exemplo. Segundo Hayek, as definições de “preço justo” ou “salário justo” foram alvo de pesquisa por milênios, mas somente os escolásticos no fim da Idade Média chegaram a uma concepção de justiça numa ordem de mercado, que seria o “preço justo formado por um mercado sem fraude, violência ou privilégio”.

geral, as normas de conduta justa são proibições da conduta injusta (HAYEK, 1981).

Essas normas geralmente prescrevem proibições para que os súditos sejam livres para agir conforme convierem. Por outro lado, se o indivíduo celebrar um contrato que imponha norma entre as partes, a obrigação será positiva, mas tão somente o será por sua própria iniciativa¹¹.

Para Hayek (1981, p. 60-61), as considerações sobre justiça não justificam a correção por meio da intervenção do poder governante, pois a justiça deve advir do tratamento segundo as mesmas regras, e não da manipulação delas, considerando que os mais infelizes tenham sua competitividade resgatada:

Não há evidentemente razão pela qual uma sociedade que, graças ao mercado, é tão rica quanto a sociedade moderna, não possa proporcionar fora do mercado um mínimo de segurança àqueles que, no mercado, caem abaixo de determinado padrão. Nosso argumento era o de que as considerações de justiça não justificam a “correção” dos resultados do mercado, e de que a justiça, no sentido de tratamento segundo as mesmas regras, exige que cada qual receba o que proporciona um mercado no qual todos os participantes se comportam honestamente. Existe apenas uma justiça de conduta individual, mas não uma “justiça social” separada.

As normas de conduta justa definitivamente não podem assegurar o sucesso no uso dos meios, nem mesmo quando eles dependem somente de fatos materiais ou da conduta previsível dos outros (HAYEK, 1981). Elas não garantem, por exemplo, que uma pessoa conseguirá vender determinado produto pelo preço que anuncia, nem comprar o que quer.

Afirma-se que a justiça é uma adaptação à nossa ignorância, uma vez que não somos seres oniscientes – que tudo sabemos ou conseguimos saber, e, portanto, nos falta conhecimento sobre os fatos particulares e futuros dos indivíduos (suas ações), e os efeitos que elas podem desencadear. Nesse sentido:

¹¹ O autor aponta que essa regra geral tem exceções, como por exemplo no direito de família, que impõe obrigações aos filhos em relação aos pais – uma ação não deliberada pelos filhos, mas uma posição em que eles foram colocados por circunstâncias fora das suas escolhas. Hayek aponta que o *common law* inglês previa apenas a ajuda em situações de perigo em alto-mar, mas que o direito moderno passou a adotar novas obrigações.

A extinção da punibilidade do crime tributário na ótica da teoria da justiça de Friedrich Hayek

A justiça não é em absoluto uma equilibrção de interesses particulares em jogo num caso concreto, ou mesmo dos interesses de classes determináveis de pessoas; tampouco visa produzir um estado específico de coisas que seja considerado justo. Ela não se ocupa dos resultados que uma ação particular efetivamente terá.

Assim, o legislador, para Hayek, não é um sujeito encarregado de inventar normas que julgue adequadas, mas pessoas capazes de encontrar formulações que satisfaçam as demais e se provem exequíveis. O legislador, portanto, é alguém que tem autoridade derivada de sua capacidade intelectual para descobrir a justiça, e não a criar¹².

Para o escritor austro-húngaro, a busca da justiça não precisa determinar o conteúdo particular das normas que podem ser consideradas justas: o que se requer é uma prova negativa que permita eliminar paulatinamente as normas que se demonstram injustas por não serem universalizáveis dentro do sistema de outras normas (HAYEK, 1985).

Desse modo, a busca pelo ideal da justiça não pressupõe saber o significado de justiça, mas saber o que repelimos como injusto. O justo é a ausência de injustiça.

Hayek se apoia no autor americano Herbert Hart, mais especificamente na ideia de que a norma jurídica nem sempre reproduz ou satisfaz normas da moralidade (HAYEK, 1985). Isto porque muitas vezes o juiz deve se remeter às normas morais para descobrir o conteúdo normativo da lei estatal, tal como a ideia de “boa-fé”.

Ainda que amplamente consolidadas, normas morais nem sempre devem ser exigíveis a todos (HAYEK, 1985). Hayek entende que a coerção só pode ser utilizada para garantir o domínio privado do indivíduo contra a interferência dos demais, mas o indivíduo não deve ser compelido a seguir um modelo de conduta desejável caso pratique ações que gerem consequências tão somente a si¹³.

12 Hayek ainda se remete a Hume e diz que uma grande sociedade geralmente é possibilitada por três leis fundamentais da natureza: estabilidade da propriedade, transferência da propriedade por consentimento e o cumprimento das promessas. Hume, segundo Hayek, sintetiza as três leis fundamentais em termos jurídicos: inviolabilidade da propriedade, liberdade de contrato e obrigação de indenização em caso de ilícito culpável.

13 Essa ideia surge da abordagem defendida pelo autor. Hayek advoga pela teoria evolucionista do direito, a qual o direito não é nem uma criação de uma força sobrenatural (teoria racionalista do direito natural), nem uma criação intencional da mente humana (positivismo jurídico). O evolucionismo por ele defendido afirma que o direito é produto não de qualquer

É possível afirmar conclusivamente que a teoria hayekiana da justiça defende que os princípios básicos de uma sociedade livre podem ser resumidos na defesa da limitação da coerção governamental, para que ela se restrinja à aplicação das proibições que possam ser aplicadas igualmente a todos, e que exija de todos, segundo as mesmas regras uniformes, uma parcela dos custos dos outros serviços não coercitivos que o governo decida prestar aos cidadãos com os recursos materiais e humanos por eles colocados à disposição. A partir dessa premissa, passa-se a analisar a sistemática brasileira sob a ótica da teoria da justiça dissertada por Friedrich August von Hayek.

4 ANALISANDO O PAGAMENTO DESPENALIZADOR DE DÉBITO FISCAL SOB A TEORIA DA JUSTIÇA DE HAYEK

Considerando que o escritor austro-húngaro vislumbrava uma ordem jurídica em que o poder de coerção estatal deveria se restringir a normas proibitivas de aplicação igualitária entre todos os membros da sociedade, bem como pela ideia de que a justiça se faz pela prova negativa, isto é, há justiça pela ausência de injusto, e o injusto é a violação aos domínios privados do cidadão assegurado por regras de conduta, é possível estabelecer (CARONI, 2017, p. 8):

Esta ordem, que se baseia na concorrência e brotaria espontaneamente da sociedade, possuiria regras próprias, que se originam dessa ordem e, ao mesmo tempo, mantém-na. Isto significa que somente a partir de um estado de coisas em que imperem tais normas é que se poderia conceber uma sociedade efetivamente livre: a liberdade brota espontaneamente da ordem em que tais normas garantem a isonomia dos indivíduos, ou seja, garantem a igualdade formal dos homens perante a lei. Este estado de coisas, para Hayek, é justamente o Estado de Direito.

Em princípio, é possível cindir a questão posta em duas vertentes: primeiramente, pagar tardiamente o débito fiscal e obter extinção da punibilidade do crime tributário respectivo é uma medida

desígnio racional, mas de um processo de evolução e seleção natural, um produto não intencional cuja função seja cognoscível (QUADROS, 1985, p. 423).

justa? Se a resposta for afirmativa, nova questão pode ser formulada: é justo que o referido pagamento se dê a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória?

Veja-se que desde logo é possível afirmar que, na lógica hayekiana de nivelamento de condições e proibições, a hipertrofia do instituto do arrependimento posterior, voltado unicamente a beneficiar contribuintes devedores e já formalmente denunciados, implica na diferenciação entre agentes delituosos comuns e agentes delituosos fiscais.

O arrependimento posterior disciplinado no Código Penal e aplicável a todos os delitos não violentos vigentes na legislação brasileira, como já visto, é causa de diminuição de pena em terceira fase de dosimetria, quando “reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente”¹⁴.

Diverso dele é o arrependimento posterior na seara dos crimes contra a ordem tributária, que enseja a extinção da totalidade da possível pena, e não apenas sua minoração. Além disso, nestes casos específicos, o ato voluntário do agente pode se dar após o recebimento da denúncia criminal pelo juízo competente, e até mesmo após a prolação da sentença condenatória.

Nesse ponto, analisando a teoria de Friedrich August von Hayek, a exceção criada pela lei estatal é substancialmente injusta, porque desiguala os cidadãos tanto nas oportunidades ofertadas quanto nas sanções possivelmente auferidas. Veja-se que o agente arrependido, nos crimes comuns não violentos, sofre a derradeira condenação criminal e é sancionado nos termos do preceito secundário do tipo penal. Já o agente arrependido nos crimes tributários pode até o último instante antes do trânsito em julgado efetuar a quitação do crédito tributário devido para se ver livre tanto da reprimenda já fixada em sentença, quanto da repercussão da coisa julgada criminal (por exemplo, os efeitos da reincidência)¹⁵.

14 Artigo 16 do Código Penal: “Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.”

15 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que o pagamento do débito fiscal ocorrido após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é apto para extinguir a sanção penal, mas não determinados efeitos da sentença. A título de exemplo, o agente não sofrerá sanção penal, ou cessará de sofrê-la, mas continuará inscrito no rol de antecedentes criminais, tal como se tivesse sido agraciado pela prescrição da pretensão executória da reprimenda. Veja-se: “Como o édito condenatório foi alcançado pelo trânsito em julgado

Na mesma linha, pode-se afirmar que a extensão da benesse tem o condão de incentivar o recolhimento do crédito tributário, a fim de o erário se locupletar mediante o incremento do processo de execução fiscal. Assim, por detrás da tutela do bem jurídico-penal da arrecadação fiscal, indispensável à manutenção dos serviços públicos e das funções ordinárias estatais, há a instrumentalização do direito penal para fins alheios à sua razão de ser¹⁶. O assunto já foi abordado pelo próprio STF, quando do julgamento da hipótese, conforme comenta Hugo de Brito Machado (2015, p. 387):

É digna de nota, porém, a manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence, que antes ficara vencido e resolveu acompanhar o relator, assinalando, porém, que a nova lei tornou escancaradamente clara que a repressão penal nos “crimes contra a ordem tributária” é apenas uma forma reforçada de execução fiscal. Essa tese ficou bem evidente no entendimento de alguns magistrados que, em face da denúncia mandavam dar ciência desta ao acusado para, querendo, pagar e obter a extinção da punibilidade.

Ainda que se possa referendar a opção legislativa do arrendimento posterior hipertrofiado, do ponto de vista da teoria da justiça, não é lícito firmar o mesmo entendimento a respeito do lapso temporal (ou ausência dele) na quitação do débito ainda que em momento posterior à consolidação da sentença penal condenatória inexpugnável.

Na concepção de Hayek, o “abono” estatal ao devedor não implica necessariamente na hipótese de não intervenção defendida pelo autor, visto que a ordem jurídica hayekiana possibilita, ainda que com moderação, a ação governamental, conforme (ALENCAR, 2020, p. 238-239):

Nota-se que o neoliberalismo de Hayek não exclui, mas, autoriza a intervenção do governo na medida em que ela seja necessária para salvaguardar o ideal de uma sociedade de direito privado. Conforme pontuam Laval e Dardot, essa intervenção é feita pela

sem qualquer mácula, os efeitos do reconhecimento da extinção da punibilidade por causa que é superveniente ao aludido marco devem ser equiparados aos da prescrição da pretensão executória. (HC 180.993/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 19/12/2011).”

16 Vide (GONÇALVES, 2019, p. 1047): “A existência de regras específicas de extinção da punibilidade para os crimes tributários sofre a crítica de que representaria o reconhecimento de que os crimes tributários têm mero caráter arrecadatório, sem maior carga de ofensividade, de modo que o direito penal tributário seria um desvio dos fins do direito penal.”

via judicial, pois quanto maior as ocasiões de litígio entre os agentes econômicos, maior o campo de intervenção judicial. Segundo esta concepção, o fim do Direito passa a ser a própria manutenção do mercado. A lei constrói a “arquitetura” do mercado, desenhando apenas seu enquadramento legal e não regulando a sociedade de forma intencional e deliberada, de forma que no neoliberalismo a questão central é determinar “quais as ações governamentais apoiam; quais impedem a atividade de mercado e, quais priorizam e ordenam o apoio ao mercado da maneira mais efetiva” (KENNEDY, 2006, p. 132).

Destarte, é possível alegar que a teoria hayekiana da justiça dificilmente veria com regularidade a extensa benesse, por meio de arrependimento posterior, da extinção da punibilidade do crime tributário via pagamento do respectivo tributo uma vez que ela pressupõe, acima de qualquer eventual conveniência administrativa, a isonomia entre os indivíduos pertencentes à sociedade aberta¹⁷.

Mesmo que a legislação possibilitasse a criação de dois tipos de arrependimento posterior – um aos crimes comuns e outro aos crimes tributários –, também não se pode dizer que há o elemento do justo na ocasião de se incentivar o pagador do débito para que a qualquer tempo quite suas pendências com a fiscalização oficial, vez que tal situação implicaria em inadmissível distinção entre aquele só pode arrepender-se até o recebimento da denúncia ou da queixa e aquele que pode fazê-lo até mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ferindo de toda forma a isonomia necessária às regras de conduta.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inúmeros diplomas normativos foram promulgados com o fim de conceder ao contribuinte devedor – e possivelmente sonegador – oportunidade de exercer espécie de “arrependimento posterior”, isto é, quando reparado, até o recebimento da denúncia criminal, por ato voluntário do agente causador, a sanção cabível será

¹⁷ Comenta nesse sentido Nestor Eduardo Araruna Santiago (SANTIAGO, 2005, p. 229): “Parece óbvio, pela simples leitura do texto legal, que toda vez que o autor praticar crime contra a ordem tributária o pagamento resolve a sua situação, atendendo à arrecadação. Essa é a opção expressa do legislador, com a qual não se pode concordar, por ser extremamente nefasta e benéfica a certos criminosos

atenuada, ou até mesmo evitada.

Dessa forma, o contribuinte que omite auferimento de renda, por exemplo, e finda denunciado por crime de supressão de crédito tributário, por não declarar ao fisco o enriquecimento obtido, poderá extinguir a punibilidade deste delito se voluntariamente pagar o débito total e final do respectivo fato gerador que ensejou sua persecução.

Tencionando tutelar o erário, o legislador nacional criou modalidade de arrependimento posterior mais benéfico e mais ampliado que aquele positivado no Código Penal, este pelo qual a reparação do dano alberga no máximo a minoração de pena no momento da dosimetria da sanção disposta da sentença penal condenatória.

Na prática, o contribuinte devedor e sonegador, ainda que seja denunciado e condenado com trânsito em julgado, pode adimplir a soma respectiva do fato gerador ocultado e lançado de ofício pelo fisco, e obter, terminantemente, a extinção da punibilidade da reprimenda fixada.

Pela ótica da teoria de Friedrich August von Hayek, para quem o justo é se faz por prova negativa do injusto, e este só visualiza na violação às regras de conduta que igualam os cidadãos e tutelam seus domínios privados, a superestimação do arrependimento posterior, tencionado a incentivar o contribuinte devedor a quitar seu débito para obter livramento penal, traduz-se em inviável desnivelamento do sistema de direitos, porque seleciona determinados agentes delituosos para que afirmem o privilégio de adimplir seus débitos em favor do erário.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Ana Carolina. Descobrimo a legalidade neoliberal: a reconfiguração do Estado de Direito segundo Hayek. *Em Tese*, Florianópolis, v. 17, n. 2, p. 228-244, jul./dez., 2020. Universidade Federal de Santa Catarina.

CARONI, Caroline da Cunha. *Direito e justiça: as normas de conduta justa na sociedade livre segundo Friedrich A. von Hayek*. 2017. 97 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do

Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

DELMANTO, Celso [et al.]. *Código penal comentado*. 9. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; EL TASSE, Adel. Os crimes tributários e a extinção de punibilidade. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 mar. 2011. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2011-mar-17/coluna-lfg-crimes-tributarios-extincao->

Os >. Acesso em: 08 dez. 2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Legislação penal especial esquematizada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985.

HAYEK, Friedrich August von. *Ideologias políticas*. Brasília: UNB, 1981.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.


OLIVEIRA, Fernanda Amorim Almeida Oliveira. Críticas à extinção da punibilidade dos crimes tributários em razão do pagamento do tributo. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 15, n. 48, p. 95-127, jul./dez. 2016.

QUADROS, Matheus de. As teorias da justiça de Hayek e Rawls: divergências e convergências além da mera terminologia. *MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy Law and Economics*, v. 7, n. 2, p. 413-433, maio/ago., 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Extinção da punibilidade nos crimes tributários. *Revista Opinião Jurídica* (Fortaleza), v. 3, n. 5, p. 223-236, 2005.

TORRES, Heleno Taveira. Extinção da punibilidade de crimes tributários e garantismo constitucional. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 27 nov. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-27/consultor-tributario-extincao-punibilidade-crimes-tributarios-garantismo>. Acesso em: 08 dez. 2021.



A extinção da punibilidade do crime tributário na ótica da teoria da justiça de Friedrich Hayek

A teoria da justiça de John Rawls e a decisão do supremo tribunal federal no julgamento do Recurso Extraordinário 576967/PR

Carolina Sarmiento Spalenza

1 INTRODUÇÃO

A obra de maior destaque do filósofo John Rawls foi *Uma teoria da justiça*, publicada em 1971. Por meio de sua obra, Rawls busca trazer princípios fundamentais básicos de justiça, acordados por todas as partes em uma situação inicial de equidade, o que ele propõe que seja feito sob o chamado “véu da ignorância”.

Referidos princípios, baseados na liberdade e na diferença, governariam a população trazendo maior justiça nas relações humanas. Um dos aspectos trazidos pelos princípios de Rawls é a redução das desigualdades ao mínimo inelutável¹.

Os ensinamentos de Rawls foram fortes influenciadores da adoção de diversas políticas públicas governamentais de inclusão social e redução das desigualdades, como, por exemplo, o sistema de cotas nas universidades públicas.

Neste cenário, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário 576967/PR, concluiu pela inconstitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária sobre o salário maternidade. A principal justificativa apresentada nas razões de decidir do voto condutor foi de garantir maior equidade entre homens e mulheres no mercado de trabalho.

O STF concluiu que a incidência da contribuição sobre o salário maternidade influencia diretamente no aumento das desigualdades e discriminação feminina no mercado, visto que ela gera

1 RICOEUR, Paul. *O Justo 1*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 97

aumento dos custos do empregador com funcionárias em licença-maternidade o que atrai, em consequência, maior rejeição nas contratações de mulheres, sendo estas preteridas pelas contratações masculinas.

Assim, busca-se no presente artigo analisar a influência da teoria da justiça apresentada por John Rawls nas razões da decidir do Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário 576967/PR. Para tanto, pretende-se explorar em maiores detalhes as justificativas apresentadas pelo STF ao proferir sua decisão, bem como as premissas alcançadas por John Rawls ao elaborar sua teoria da justiça.

2. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 576967/PR

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar o Tema 72 da Repercussão Geral no julgamento do Recurso Extraordinário 576967/PR, fixou tese segundo a qual é inconstitucional a incidência da contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre o salário maternidade².

O julgamento foi conduzido sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso e, em suas razões de voto, um dos fundamentos determinantes para a decisão, seguida pela maioria, foi a discriminação da mulher no mercado de trabalho e a conseguinte violação à isonomia gerada pela incidência da contribuição previdenciária sobre o salário maternidade.

O voto vencedor considerou que, em outras oportunidades, o STF reconheceu direitos às mulheres durante o período de gestação. Foram citados como exemplo, o julgamento do RE 629.053³, no qual se consignou que a ciência do empregador sobre a gravidez não interfere na estabilidade prevista no artigo 10, II, do Ato das

² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: 576967. Relator Ministro Roberto Barroso. 05/08/2020.

³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: 629053. Relator Ministro Alexandre de Moraes. 10/10/2018.

Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)^{4 5}, e o julgamento do RE 1.058.333⁶, no qual foi julgada a constitucionalidade da remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público.

O Ministro Barroso constatou que citadas decisões se justificaram tendo em vista *“as condições biológicas femininas e pelas dificuldades que elas podem gerar para equidade de tratamento da mulher no mercado de trabalho”*.

Para ratificar referida premissa, foram citadas pesquisas extraídas da Assembleia Geral das Nações Unidas, do programa ONU Mulheres, bem como do Banco Mundial que demonstraram, por meio de dados estatísticos, a existência de reiterada discriminação das mulheres no mercado de trabalho dentre as quais estão as referentes à maternidade.

No tocante especificamente aos efeitos da maternidade no custo de contratação de mulheres, o voto condutor apresentou estudo realizado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) o qual concluiu que os custos adicionais para o empregador correspondem a 1,2% da remuneração bruta mensal da mulher no Brasil, advindos de gastos com a Previdência Social e todos os encargos advindos da contratação de um substituto. Além disso, foram também apontadas as seguintes constatações relevantes que indicaram críticos aspectos discriminatórios sofridos pelas mães no mercado de trabalho:

Nessa linha, segundo pesquisas recentes sobre a realidade brasileira do mercado de trabalho para as mães, 70% das mulheres já foram questionadas em entrevistas de emprego sobre se desejam engravidar; 20% relatam terem sido demitidas após o término da licença, mesmo com a previsão constitucional de estabilidade por 5 meses; 30% das mulheres deixam o trabalho por causa dos filhos (enquanto, dentre os homens, são apenas 7%); 48% dizem que já passaram por problemas no emprego por ausência motivada por questões de saúde dos filhos. Outras dificuldades citadas pelas empregadas mães são pedidos

4 BRASIL. ADCT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 de dezembro de 2021.

5 Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

6 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: 1058333. Relator Ministro Luiz Fux. 21/11/2018.

para chegar mais tarde por reuniões escolares (24%), atraso por exaustão (10%), necessidade de levar o filho ao trabalho (10%) e atraso pela rotina (10%) [32].

Diante dos dados apresentados, o Ministro relator admitiu que a majoração do custo da mulher ao empregador por meio da incidência da contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade seria o mesmo que permitir uma discriminação incompatível com o texto constitucional e com os tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário⁷:

Em outras palavras, admitir uma incidência tributária que recaia somente sobre a contratação de funcionárias mulheres e mães é tornar sua condição biológica, por si só, um fator de desequiparação de tratamento em relação aos homens, desestimulando a maternidade ou, ao menos, inculcando culpa, questionamentos, reflexões e medos em grande parcela da população, pelo simples fato de ter nascido mulher. Impõe-se gravame terrível sobre o gênero feminino, discriminado na contratação, bem como sobre a própria maternidade, o que fere os direitos das mulheres, dimensão inequívoca dos direitos humanos.

Admitiu-se, assim, a declaração incidental da inconstitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade pelo argumento de ser esta medida que privilegia a isonomia ao garantir maior equiparação da mulher ao homem perante o mercado de trabalho.

A conclusão alcançada no julgamento do Recurso Extraordinário tendenciou a reduzir ao máximo possível as desigualdades naturais, inerentes às condições de homem e de mulher, para criar oportunidade equitativa entre ambos.

Assim, busca-se saber se a determinação imposta pelo STF neste caso condiz com a Teoria da Justiça apresentada por John Rawls.

3. A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

John Rawls (1921-2002), considerado um dos filósofos mais importantes do século XX, foi autor de diversas obras, sendo

⁷ Em referência, o voto cita a Convenção nº 103 da OIT – Amparo à Maternidade.

a de maior destaque a intitulada *Uma teoria da justiça*, publicada em 1971, em que o autor utiliza a teoria contratual como ponto de partida para alcançar o aumento da igualdade mediante princípios universais de justiça distributiva entendida como equidade⁸.

De acordo com a teoria de Rawls, “*partindo de uma fictícia situação de igualdade, numa hipotética condição pré-social denominada ‘posição original’ – original position (ou seja, estado de natureza), os homens livres e racionais operariam a escolha dos princípios básicos de justiça, fundamento da futura sociedade política e dos posteriores entendimentos*”⁹.

Para alcançar referida situação de igualdade e possibilitar que haja uma convenção contratual e escolha legítima dos princípios, Rawls propõe a famosa alegoria do véu da ignorância, conforme explica Romeu Costa Ribeiro Bastos e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha:

O véu da ignorância é a garantia de o acordo ser feito em absoluta situação de igualdade, eliminando da negociação a possibilidade de os participantes obterem qualquer tipo de vantagem em detrimento da outras partes contratantes, posto ignorarem se a adoção de uma posição diferente os ajudará ou prejudicará na sua posição no mundo real. O desconhecimento das partes dissipa as diferenças sociais e naturais, permitindo a configuração da justiça como imparcialidade (*justice as fairness*) e a convenção dos princípios de uma forma legítima¹⁰.

Por meio do véu da ignorância, portanto, as partes deixariam de ter conhecimento de suas particularidades, ou seja, de eventuais vantagens ou desvantagens umas sobre as outras, estando todas elas na mesma posição de igualdade para assim delinearem quais princípios básicos e fundamentais de justiça devem governá-las.

Segundo explica Michael J. Sandel, a escolha dos princípios básicos de justiça aplicáveis à sociedade sob um véu da ignorância retiraria das pessoas qualquer tipo de posição superior de barganha e a escolha seria justa, já que feita a partir de uma posição original

8 BASTOS, Romeu Costa Ribeiro e ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *A ética jurídica de John Rawls e o princípio maximin*. Uma Reflexão Sobre o Estado Constitucional Moderno e a Teoria da Decisão. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, n. 2, jul-dez 2003, pp. 428.

9 Idem, ibidem, pp. 429.

10 Idem, ibidem, pp. 430.

de igualdade:

Analisemos agora uma experiência mental: suponhamos que, ao nos reunir para definir os princípios, não saibamos a qual categoria pertencemos na sociedade. Imaginemo-nos cobertos por um “véu de ignorância” que temporariamente nos impeça de saber quem realmente somos. Não sabemos a que classe social ou gênero pertencemos e desconhecemos nossa raça ou etnia, nossas opiniões políticas ou crenças religiosas. Tampouco conhecemos nossas vantagens ou desvantagens – se somos saudáveis ou frágeis, se temos alto grau de escolaridade ou se abandonamos a escola, se nascemos em uma família estruturada ou em uma família desestruturada. Se não possuíssemos essas informações, poderíamos realmente fazer uma escolha a partir de uma posição original de equidade. Já que ninguém estaria em uma posição superior de barganha, os princípios escolhidos seriam justos.

É assim que Rawls entende um contrato social – um acordo hipotético em uma posição original de equidade. Rawls nos convida a raciocinar sobre os princípios que nós – como pessoas racionais e com interesses próprios – escolheríamos caso estivéssemos nessa posição. Ele não parte do pressuposto de que todos sejamos motivados apenas pelo interesse próprio na vida real; pede somente de deixemos de lado nossas convicções morais e religiosas para realizar essa experiência imaginária. Que princípios escolheríamos?¹¹

A partir da posição igualitária, Rawls conclui que a escolha dos princípios será realizada em um contexto de incerteza e propõe o termo *maximin*, segundo o qual, conforme os ensinamentos de Paul Ricoeur:

É designado pelo termo *maximin*, pela razão de que os parceiros supostamente devem escolher a organização que *maximize a parte mínima*. O argumento tem toda a sua força na situação original sob o véu de ignorância. Ninguém sabe qual será seu lugar na sociedade real. Portanto, ele raciocina com base em simples possibilidade. Ora, os contratantes se obrigam mutuamente em virtude de um contrato cujos termos foram publicamente definidos e unanimemente aceitos. Se duas concepções de justiça estiverem em conflito, e se uma delas possibilitar uma

11 SANDEL, Michael J. *Justiça*. O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, pp. 178.

situação que alguém poderia não aceitar, enquanto a outra excluir essa possibilidade, então prevalecerá a segunda¹².

Rawls continua sua teoria apresentando os princípios escolhidos sob o véu da ignorância. De acordo com Paul Ricoeur, esses princípios seriam de distribuição e específicos para garantir o caráter equitativo e estável do contrato entre as partes¹³ e indica expressamente quais são eles, chamando o primeiro deles de: igual liberdade e o segundo de: diferença e igualdade de oportunidades:

1 – Cada pessoa deve ter igual direito ao sistema total mais extenso possível de liberdades básicas iguais para todos e compatíveis com um mesmo sistema para todos. 2 – As desigualdades econômicas e sociais devem ser tais, que: a) beneficiem ao máximo os menos favorecidos, no limite de um justo princípio de poupança e, b) estejam vinculadas a funções e posições abertas a todos, em conformidade com o princípio da justa igualdade das oportunidades.¹⁴

O primeiro princípio garante as liberdades iguais da cidadania, enquanto o segundo é voltado para as condições de desigualdades, em que se tenta selecionar a situação mais igualitária compatível com a regra da unanimidade, conforme também explica Paul Ricoeur:

O primeiro princípio, evidentemente, garante iguais liberdades de cidadania (liberdade de expressão, de reunião, de voto, de elegibilidade para as funções públicas). Mas por que um segundo princípio? É de notar que, em Rawls, como provavelmente na maioria dos moralistas antes dele, o que pôs o pensamento em movimento foi o escândalo da desigualdade. Rawls pensa, em primeiro lugar, nas desigualdades que afetam as oportunidades iniciais no início da vida, o que se pode chamar de “posições de partida”. Evidentemente ele também pensa nas desigualdades vinculadas à diversidade das contribuições dos indivíduos para a marcha da sociedade, nas diferenças de qualificação, competência e eficiência no exercício da responsabilidade etc., desigualdades das quais nenhuma sociedade pôde ou quis desfazer-se. O problema é então definir a equidade de

12 RICOEUR, Paul. Op cit. pp. 98.

13 Idem, ibidem. pp. 96.

14 Idem, ibidem.

tal maneira que essas desigualdades sejam reduzidas ao mínimo inelutável. A questão poderia ser resumida nos seguintes termos: será possível falar, com toda a equidade, em *desigualdades mais justas ou, pelo menos, menos injustas que outra?* Onde o segundo princípio de justiça: ele apresenta em sua primeira parte as condições nas quais as desigualdades devem ser consideradas preferíveis a desigualdades maiores, mas também a uma distribuição igualitária, donde o nome princípio de diferença; em sua segunda parte, ele iguala tanto quanto possível as desigualdades ligadas às diferenças de autoridade e responsabilidade. O princípio de diferença seleciona assim a situação mais igualitária compatível com a regra de unanimidade.¹⁵

Rawls defende ainda que a observância a tais princípios segue uma ordem prioritária, ou ordem lexical, a qual se impõe entre um princípio e outro, bem como entre as duas partes do segundo princípio, conforme ensina Romeu Costa Ribeiro Bastos e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira¹⁶:

Consoante a convicção de Rawls, o acordo hipotético inicial atribuiria valorização diferenciada a estes princípios, numa ordem de precedências denominada de “prioridade lexical” (*lexical priority*), no qual o primeiro princípio teria prioridade em relação ao segundo e a segunda parte deste sobre a primeira. Para ele, a estrutura básica de uma sociedade bem ordenada (*well-ordered society*) deve dispor ‘as desigualdades econômicas e sociais em termos que sejam consistentes com as liberdades iguais exigidas pelo primeiro princípio e com a justa igualdade de oportunidades requerida pela última parte do segundo. Esta ordem significa que as pessoas na posição originária se oporiam ao princípio utilitarista.’

Portanto, pelos aspectos levantados acima, evidencia-se que a teoria de John Rawls traz relevantes fundamentos para o desenvolvimento de políticas igualitárias que buscam a justa igualdade de oportunidades entre as pessoas na busca da justiça.

Cabe então, verificar se a decisão do STF se enquadra nas premissas ensinadas por Rawls.

15 Idem, *ibidem*, pp. 96-97

16 BASTOS, Romeu Costa Ribeiro e ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Op cit.* pp. 433.

4. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 576967/PR E A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Após a análise da decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 576967, principalmente dos fundamentos apresentados no voto condutor que declarou a inconstitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária sobre o salário maternidade como uma forma proporcionar maior equidade da mulher em relação ao homem no mercado de trabalho, passa-se a verificar se a decisão seguiu os ditames da Teoria da Justiça proposta por Rawls.

Conforme explanado, o voto do Relator, Ministro Roberto Barroso, trouxe diversos fundamentos, pesquisas e dados estatísticos que demonstraram de forma contundente a efetiva discriminação da mulher perante o mercado de trabalho, incluindo discriminações originadas da condição natural da maternidade.

As pesquisas apresentadas indicaram que mulheres de licença maternidade representam um custo adicional ao empregador e isso acaba influenciando diretamente na contratação. Há inquestionável preferência masculina à feminina, seja no aspecto contratual ou mesmo em questões salariais.

Partindo dessas premissas, a posição adotada pelo STF busca equalizar, ou ao menos reduzir, as desigualdades entre os homens e as mulheres no mercado de trabalho.

A decisão pela não incidência da contribuição previdenciária sobre o salário maternidade impacta diretamente nos custos do empregador com a funcionária, o que possibilita uma condição menos desigualitária com os funcionários do sexo masculino.

Conforme explica Paul Ricoeur ao delinear sobre os aspectos do segundo princípio alcançado sob o véu da ignorância, as desigualdades estão vinculadas ao seio da sociedade, assim, observa o autor, seguindo o entendimento de Rawls, que *“o problema é então definir a equidade de tal maneira que essas desigualdades sejam reduzidas ao mínimo inelutável.”*¹⁷. Sandel também é contundente

17 RICOEUR, Paul. Op. Cit. pp. 96-97

ao explicar:

Que princípios escolheríamos para governar as desigualdades sociais e econômicas? Para nos resguardar do risco de nos ver na miséria, poderíamos, em um primeiro momento, apoiar uma distribuição equânime de renda e riqueza. Mas talvez nos ocorresse a possibilidade de ter uma vida melhor, ainda que estivessemos na base da pirâmide. Suponhamos que, ao permitir certas desigualdades, como salários mais altos para médicos do que para motoristas de ônibus, pudéssemos melhorar a situação daqueles que têm menos – aumentando o acesso dos pobres aos serviços de saúde. Ao admitir essa possibilidade, estaríamos adotando o que Rawls denomina ‘princípio da diferença’: só serão permitidas as desigualdades sociais e econômicas que visem ao benefício dos membros menos favorecidos da sociedade.¹⁸

Verifica-se, assim, que a decisão do STF guarda estrita relação com a teoria de Rawls, sendo evidente que ela não pretende eliminar as diferenças inerentes às condições humanas e os aspectos da maternidade, mas reduzir as desigualdades para garantir oportunidades equitativas.

5 CONCLUSÃO

A decisão do STF no julgamento do RE 576967/PR primou pela adoção de relevantes princípios extraídos da própria Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) ao concluir que *“afastar a tributação sobre o salário-maternidade é medida que privilegia a isonomia, a proteção da maternidade e da família, e a diminuição de discriminação entre homens e mulheres no mercado de trabalho.”*¹⁹

De fato, o princípio da igualdade entre homens e mulheres por ser direito fundamental previsto no artigo 5º da CRFB/88²⁰ é de observância obrigatória.

18 SANDEL, Michael J. *Op cit.* pp. 189

19 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: 576967. Relator Ministro Roberto Barroso. 05/08/2020.

20 Art. 5º 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, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Porém, a necessidade de tratamento igualitário não retira as diferenças naturais inerentes ao homem e a mulher que podem levar às efetivas discriminações. Justamente neste ponto é que o pensamento de Rawls se encaixa. Ele não pretende eliminar as diferenças, mas trazer oportunidades equitativas, ainda que para tanto, seja necessário o tratamento desigual entre as partes.

O tratamento isonômico reconhecido na decisão do STF tem base, portanto, nos ensinamentos de Rawls. Em consequência pode-se concluir que a própria CRFB/88 também sofreu influências da teoria da justiça de Rawls, principalmente por considerarmos que o Supremo Tribunal Federal exerce a função de guardião desta ao proferir suas decisões.

6.REFERÊNCIAS

BASTOS, Romeu Costa Ribeiro e ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A Ética Jurídica de John Rawls e o Princípio Maximin. Uma Reflexão Sobre o Estado Constitucional Moderno e a Teoria da Decisão. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, n. 2, jul/dez 2003

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: 576967. Relator Ministro Roberto Barroso. 05/08/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: 629053. Relator Ministro Alexandre de Moraes. 10/10/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: 1058333. Relator Ministro Luiz Fux. 21/11/2018.

BRASIL. ADCT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 17 de dezembro de 2021

RICOEUR, Paul. **O Justo 1**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANDEL, Michael J. Justiça. **O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 201

A delação premiada na perspectiva da justiça e da moral kantiana

Charles Francisco Rozário

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A atual crise da ineficiência que assola as instituições do Sistema de Justiça Criminal no país em relação à investigação de crimes complexos da contemporaneidade, contribuem para fomentar uma atividade legislativa no âmbito penal e processual penal calçada na emergencialidade e no seu caráter simbólico, a qual, muitas das vezes, pode acabar sendo o reduto de violações a direitos e garantias processuais fundamentais em favor de uma pretensa efetividade da elucidação de tais delitos.

Como é de conhecimento de todos, na atual conjuntura por que passa a política brasileira, uns dos ramos do direito que mais se sobressaem na atualidade, devido aos escandalosos casos de corrupção que assola o país, são o penal e o processo penal, haja vista que a persecução criminal e a aplicação de sanções penais aos indivíduos somente se realizam por intermédio de tais diplomas normativos.

Nesse contexto, surgem o anseio por grandes mudanças e a necessidade de se travar debates calorosos acerca das mais variadas questões ética e morais. Diante de um quadro tão tenebroso, inevitável e imprescindível torna-se a troca de ideias e experiências sobre temas extremamente polêmicos, como é o caso da delação premiada.

Objeto de enormes discussões na atualidade, devido principalmente à deflagração da famigerada Operação “Lava-Jato”, por parte da Polícia Federal e do Ministério Público Federal do Brasil, a delação premiada é, sem sombra de dúvidas, um instituto jurídico

permeado de controvérsias.

Positivada no ordenamento jurídico tupiniquim através da Lei de Crimes Hediondos, Lei nº 8.072 de 1990, a qual prevê em seu artigo 8º, parágrafo único, que “*o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços*”, a delação premiada tem sido alvo de inúmeras críticas, especialmente devido a sua evidente carga moral e ética.

Destarte, lançamo-nos à análise do citado instituto jurídico, considerado na atualidade como uma forma de *traição institucionalizada*. Com efeito, mais do que adotar uma abordagem *técnico-jurídica*, situaremos nossas investigações no âmbito da moral e da justiça kantiana, buscando a elaboração de uma reflexão capaz de nos conduzir não a mudanças drásticas, mas sim romper com a *estagnação intelectual*.

Institutos como a delação premiada possuem alto teor de controvérsias e de longe são incapazes de produzir consenso na comunidade jurídica. Portanto, não se almeja com o presente ensaio a pacificação do tema, tampouco oferecer soluções mirabolantes para o problema ético e moral inerente à delação, senão oferecer nossa singela contribuição teórica, evidenciando a incoerência do supracitado instituto perante o Estado Democrático de Direito – especialmente quando reconhecemos a democracia como princípio – e dos valores superiores consagrados por nossa Constituição.

2 BREVES COMENTÁRIOS À HISTÓRIA DA TRAIÇÃO NA SOCIEDADE

Em que pese a finalidade deste artigo não tenha cunho religioso, mostra-se impossível não citar ao menos uma passagem daquele que, sem dúvida, destaca-se como um dos maiores atos de traição de toda a história da humanidade, qual seja: Judas Iscariotes.

O fato é que este caso emblemático foi e continua sendo uma das figuras mais desprezíveis quando o assunto é delação. Sem embargo existem outros inúmeros personagens e situações históricas que ilustrariam perfeitamente um dos mais abomináveis comportamentos humanos, que, infelizmente, é exclusividade de nossa espécie.

Somente nós, seres humanos, temos a capacidade de estabelecer relações com base na confiança, demonstração que é de segurança íntima, crédito, esperança em alguém ou em algo. Notório é o fato de que o fortalecimento de uma relação, seja qual for a sua natureza, depende, entre outros fatores, principalmente da possibilidade de se confiar no outro; sem esta condição, toda a estrutura social poderia ruir, pois, não obstante a manutenção de interesses pessoais e do medo, estes não seriam suficientes para a manutenção de uma sociedade coesa e harmônica.

Mais do que um instrumento de desintegração social, a delação – e, por conseguinte, a traição – é, sob a perspectiva da ética, um desvalor, contrário em sua essência à concepção de vida moral fundada na dignidade da pessoa humana. Neste sentido, Alberto Silva Franco¹ nos ensina que

Dá-se o prêmio punitivo por uma cooperação eficaz com a autoridade, pouco importando o móvel real do colaborador, de quem não se exige nenhuma postura moral, mas antes, uma atitude eticamente condenável. Na equação “custo-benefício”, só se valora as vantagens que possam advir para o Estado com a cessação da atividade criminosa ou com a captura de outros delinquentes, e não se atribui relevância alguma aos reflexos que o custo possa representar a todo o sistema legal enquanto construído com base na dignidade da pessoa humana.

A defesa da traição representa, em contrapartida, um atentado ao *Direito* que almejamos, pois embora este seja algo diverso da moral, esta ocupa papel central quando se tem em vista a finalidade e a legitimação social do ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, Gustav Radbruch² preconiza que

Muito mais ainda: o direito e a moral no conteúdo de suas exigências correspondem em parte e casualmente. A relação entre ambos os domínios de normas reside muito mais no fato de que a moral, por um lado, é fim do direito, e por outro, exatamente por isso, é fundamento de sua validade obrigatória.

Por esse viés, percebe-se que o recurso à delação premiada nada mais é do que uma panaceia e uma agressão gratuita e violenta aos objetivos expostos no preâmbulo de nossa Carta Política

1 FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 221.

2 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 66.

de 1988, isto é, um atentado aos pilares de um genuíno Estado Democrático de Direito, destinado à consolidação de uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social e pautada em valores como a justiça, a segurança e o bem-estar.

Prova irrefutável da estreita ligação entre a delação e o espírito antidemocrático reside, por exemplo, nos acontecimentos pertinentes a Alemanha nazista, quando os alemães recebiam de 2 a 3 mil delações por dia, destinadas a expor a origem judaica de compatriotas e os hábitos subversivos dos indivíduos *socialmente indesejáveis*, bem como durante o governo ditatorial do Brasil, marcado pela prisão de várias pessoas em virtude de denúncias – muitas vezes infundadas – feitas ao DOPS (Departamento de Ordem Política e Social).

Ao partirmos do pressuposto de que o *outro* é um em *nós mesmos* em sentido inverso, toda e qualquer aproximação somente será possível mediante o fortalecimento dos laços de confiança entre as pessoas. Talvez nossas palavras soem demasiadamente idealistas, entretanto, estas devem ser vistas não como mera indicação de sonhos fantasiosos, mas, consonantes com as palavras de Kant, como sinal de nossa disposição a progredir, afinal, conforme o filósofo prussiano, “[...] o verdadeiro entusiasmo refere-se sempre ao que é ideal, ao que é puramente moral [...], e não pode residir no interesse individual”³.

Ainda no século XVI, Etienne La Boétie já ressaltava o caráter da imprescindibilidade de se combater a deslealdade, ao afirmar que “[...] não pode haver amizade onde há desconfiança, deslealdade, injustiça. Entre os maus, quando se reúnem, é um complô e não uma companhia. Eles não se entretêm, entretemem-se. Não são amigos, mas cúmplices”⁴.

A importância da confiança transcende a esfera das relações privadas e atinge todo o corpo social, inserindo-se no âmbito do interesse público. Ao pensarmos no princípio da representação, consagrado em nossa Carta Magna, é inaceitável não acreditar, ainda que alguns o considerem utópico, na confiança depositada por cada eleitor em seus representantes.

3 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 52.

4 LA BOÉTIE, Etienne. *Discurso da servidão voluntária*. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 106

O renomado historiador francês Alain Peyrefitte⁵ difunde a ideia de uma *sociedade de confiança* e indica a confiança como requisito capaz de promover o crescimento econômico, político e cultural de uma nação. A ausência de confiança, causada entre outras razões pela traição, pode gerar uma série de moléstias sociais e contribuir com a degradação moral da sociedade, transformando o homem em simples meio para a consecução de determinados fins, ao invés de considerá-lo o fim de toda e qualquer ação, ou seja, um fim em si mesmo.

Sobre a relação entre sociedade e confiança, elucidativas são as palavras de Peyrefitte, expostas em prólogo de Olavo de Carvalho⁶, quando aduz que

A *sociedade de desconfiança* é uma sociedade temerosa, *ganha-perde*: uma sociedade na qual a vida em comum é um jogo cujo resultado é nulo, ou até negativo (“se tu ganhas eu perco”); sociedade propícia à luta de classes, ao mal-viver nacional e internacional, à inveja social, ao fechamento, à agressividade da vigilância mútua. A *sociedade de confiança* é uma sociedade em expansão, *ganha-ganha* (“se tu ganhas, eu ganho”); sociedade de solidariedade, de projeto comum, de abertura, de intercâmbio, de comunicação. Naturalmente, nenhuma sociedade é 100% de confiança ou de desconfiança. Do mesmo modo que uma mulher nunca é 100% feminina, nem um homem 100% masculino: este comporta sempre uma parte de feminilidade, aquela sempre um pouco de virilidade. O que dá o tom, é o elemento dominante.

Ainda que o conceito de moral seja relativo, variando de acordo com o tempo, o lugar e as circunstâncias, atualmente seria no mínimo incoerente viver sob o manto do Estado Democrático de Direito e suportar a traição, especialmente em sua forma institucionalizada.

5 PEYREFITTE, Alain. *A sociedade de confiança*. Disponível em: <http://www.olavode-carvalho.org/convidados/peyref3.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

6 PEYREFITTE, Alain. *A sociedade de confiança*. Disponível em: <http://www.olavode-carvalho.org/convidados/peyref3.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

3 DELAÇÃO PREMIADA X ASPECTOS MORAIS E ÉTICOS

Hodiernamente, a delação premiada tem sido um tema que vem gerando uma grande polêmica na sociedade, grande parte em virtude de uma sucessão de escândalos de ordem política sem precedentes na historiografia brasileira, como os crimes que estão sendo investigados na chamada “Operação Lava-Jato”, pelo Departamento de Polícia Federal e Ministério Público Federal do Brasil.

Com o passar dos anos, a delação virou moda no ordenamento jurídico brasileiro. As Leis nº. 7.492/86 (Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional), 8.137/90 (Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária e Econômica e Relações de Consumo), 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), 9.807/99 (Lei de Proteção à Testemunha), 11.343/06 (Lei de Drogas) e 12.850/13 (Lei de Organização Criminosa) incorporaram em seu texto o benefício da delação.

Ao contrário das outras, esta última veio regulamentar o mencionado instituto, estabelecendo o procedimento aplicável para a delação, os requisitos para que produza seus devidos efeitos, os critérios para o grau do benefício, as condições do agente, os destinatários do depoimento prestado, dentre outros aspectos.

A atual Lei de Organização Criminosa diversificou e ampliou o benefício concedido ao delator, que pode ter como prêmio – dependendo dos efeitos do seu ato – a isenção de pena pelo perdão judicial ou até mesmo a exclusão do processo. Sua aplicação ganhou notoriedade graças aos escândalos que vieram à tona no atual governo, como os do “mensalão” e da “operação lava-jato”. Porém, observamos uma alteração em sua nomenclatura, pois de delação premiada passou a ser chamada de “colaboração premiada” (art. 3º, I, da Lei nº 12.850/2013), e os motivos que motivaram essa inovação é o que passamos a discutir.

Além dos dispositivos normativos já mencionados, citamos também a Lei 9.807, de 13.07.99, que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. A Lei 9.807/99, assim como os textos legais aos quais já nos referimos,

estimula a delação que é forma aética de revelação da verdade.

Uma das maiores críticas a delação premiada é ela premiar a imoralidade, a traição. Para alguns desses doutrinadores, o Estado não pode incentivar, através de benefícios aos delatores, ações estritamente imorais, independente do objetivo que se busca atingir. O fim, o esclarecimento e a prevenção de crimes, não justificaria o meio, o incentivo a traição entre comparsas.

Amplamente utilizada nos EUA (*plea bargain*) durante o período que marcou o acirramento do combate ao crime organizado e adotada com grande êxito na Itália (*patteggiamento*) em prol do desmantelamento da máfia, a delação premiada consiste, basicamente, na possibilidade concedida ao participante e ou associado de ato criminoso ter sua pena reduzida ou até mesmo extinta, mediante a entrega de seus comparsas às autoridades, doravante permitindo o desmantelamento do bando ou quadrilha, ou ainda facilitando a libertação do sequestrado, possível no caso do crime de extorsão mediante sequestro cometido em concurso de agentes.

Em relação ao surgimento deste controvertido instituto, Ricardo Gueiros Bernardes Dias⁷, em trabalho publicado nos EUA em 2016, aduz que essa admissão de culpa por parte do delator é bem remota, surgindo ainda no período da antiguidade. Entretanto, ressalva o citado autor, que apenas mais recentemente a delação premiada (*plea bargaining*) vem sendo empregada de modo mais sistêmico nos processos criminais, especialmente no sistema de justiça criminal dos EUA.

Assim como foi apontado por Ricardo Gueiros acima, acerca do surgimento da delação premiada na história, Renato Brasileiro de Lima⁸ aduz que

[...] desde tempos mais remotos, a História é rica em apontar a traição entre os seres humanos: Judas Iscariotes vendeu Cristo pela célebres 30 (trinta) moedas; Joaquim Silvério dos Reis denunciou Tiradentes, levando-o à forca; Calabar delatou os brasileiros, entregando-os aos holandeses. Com o passar dos anos

7 DIAS, Ricardo Gueiros B. A comparative study of negotiation in criminal proceedings between Brazil and the United States of America. *University of Baltimore Journal of International Law*, v. IV, 2016, p. 70. Disponível em: <http://scholarworks.law.ubalt.edu/ubjil/vol4/iss2/4/?utm_source=scholarworks.law.ubalt.edu%2Fubjil%2Fvol4%2Fiss2%2F4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em: 25 jun. 18.

8 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*: volume único. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 701.

e o incremento da criminalidade, os ordenamentos jurídicos passaram a prever a possibilidade de se premiar essa traição. Surge, então, a colaboração premiada.” Sua origem histórica não é tão recente assim, já sendo encontrada, por exemplo, no sistema anglo-saxão, do qual advém a própria origem da expressão *crown witness*, ou testemunha da coroa. Foi amplamente utilizada nos Estados Unidos (*plea bargain*) durante o período que marcou o acirramento do combate ao crime organizado, e adotada com grande êxito na Itália (*patteggiamento*) em prol do desmantelamento da máfia – basta lembrar as declarações prestadas por *Tommaso Buscetta* ao Promotor italiano *Giovanni Falcone* -, que golpearam duramente o crime organizado na península itálica.

Nesse sentido, segundo parcela da doutrina, um dos motivos principais que girou em torno da instituição da colaboração premiada no Brasil e em outros países, foi por razões pragmáticas, uma vez que era preciso dar vazão à grande quantidade de processos penais que abarrotam o Judiciário todos os anos, e que muito provavelmente ficariam sem uma resposta estatal.

Como afirmado anteriormente, o escopo deste artigo não é a análise de aspectos técnicos acerca da delação premiada, senão aproveitar a singular oportunidade para suscitar questionamentos e emitir juízo de valor quanto à moral e à ética que norteia o citado instituto.

Entretanto, ressalta-se que mesmo sob o aspecto jurídico a delação premiada apresenta grave violação ao princípio constitucional da igualdade proporcionalidade, eis que se punirá com penas diferentes pessoas envolvidas no mesmo fato e com idênticos graus de culpabilidade.

Ocupamo-nos assim dos valores éticos e morais que, embora sejam, num primeiro instante, herdados, encontram-se em constante mudança e dão ensejo à mutabilidade jurídica e social. Não obstante a tentativa de alguns juristas em elaborar uma *teoria pura do Direito*, rejeitando qualquer influência de elementos como a política, os valores, a cultura, a moral e a religião no mundo jurídico, preferimos vislumbrar o Direito como *fenômeno multidimensional* e não somente como norma.

Nesse sentido, torna-se fundamental não a busca – geralmente inócua – por um Direito justo, mas que se justifique, que res-

peite os valores supremos consagrados em nossa sociedade, dentre os quais a dignidade da pessoa humana.

Em fins do século XVIII, o grande filósofo de Königsberg, Immanuel Kant, salientava a importância de se agir tendo em vista a dignidade da pessoa, de tal maneira que o outro fosse visto não como meio, mas como fim em si mesmo, ao afirmar que

O homem – e, de uma maneira geral, todo ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim⁹.

Comungando do mesmo entendimento do filósofo alemão acima citado, os professores Zaffaroni e Pierangeli¹⁰ ensinam que

Se o imperativo categórico (dever moral) nos obriga a respeitar o outro como fim em si mesmo, a partir deste dever descobrimos o direito subjetivo a ser considerado, como fim em nós mesmos. Quando o dever moral de outro deixa de ser garantido pelo Estado, desaparecerá o direito subjetivo de exigir o respeito de fim em si mesmo que nos assiste.

Resultado da evolução histórica, o Direito é produto de determinados paradigmas histórico-sociais e atua, em contrapartida, na própria realidade social, contribuindo para a evolução de uma nação. Trata-se, portanto, de um dualismo, de uma relação mútua.

Ao partirmos deste pressuposto, isto é, de que o Direito é ao mesmo tempo parte e objeto, verificamos que toda norma ou instituto jurídico deve ter suas premissas questionadas, não quanto a sua justiça, mas no que se refere a sua legitimidade.

Nessa perspectiva, abra-se a possibilidade de se levantar os seguintes questionamentos: a) seria a delação premiada adequada aos valores fundamentais consagrados em nossa Constituição, principalmente quando põe em xeque a dignidade da pessoa humana? b) seria justificável defender deslizes éticos como premissas toleráveis em prol de avanços no combate à criminalidade? c) ao oferecer ao

9 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 58.

10 PIERANGELI, José Henrique, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 266.

delator criminoso a faculdade de obter sua pena extinta, mediante a “traição” de seus amigos, não estaríamos institucionalizando a perfídia e gerando uma sensação de insegurança? d) estaria a delação premiada promovendo a consolidação de algumas das funções do Direito, tais como educar, promover a organização e o controle social, incentivar os comportamentos positivos e reprimir objetivando a manutenção da ordem social? Decerto, essas são perguntas cujas respostas são extremamente difíceis de serem respondidas.

Entendemos que nem sempre os fins justificam os meios e que, apesar de útil, a delação premiada tem sacrificado os mais nobres valores em nome de um pretense fim mais alto, qual seja, a segurança e bem-estar da sociedade com o desmantelamento de supostas organizações criminosas.

Na verdade, é um paradoxo o fato de nosso ordenamento estabelecer o instituto em estudo, pois ao mesmo tempo em que o Código Penal Brasileiro prevê a delação premiada, qualifica o homicídio cometido à traição em seu art. 121, §2º, IV e a considera circunstância agravante, prevista no art. 61, II, c.

Parcela da doutrina pátria argumenta que a traição, além de ser imoral, possui formas tipificadas como agravantes em nosso Código Penal, o que demonstra que o próprio Direito já identificou essa prática como ilegal e antijurídica. Além do mais, a delação seria um egoísmo exacerbado do delator que condena seus coautores e partícipes em busca de uma pena menor.

Decerto devemos ser razoáveis ao tecermos nossas críticas, afinal, mister se faz a ponderação de bens em jogo, quando presente o caso concreto. Em inúmeras ocasiões, como nos crimes hediondos, nos encontramos diante de situações complexas, pendendo de um lado a vida e de outro a possibilidade de se agir segundo a moral e os valores constitucionais. Há que se relativizar desta forma a aplicação da delação premiada.

Inegável é que o agir jurídico pressupõe fins, metas e necessidades interiores e exteriores distintos do agir moral. Porém, sob o ponto de vista do delator, ainda que este agisse convicto da moralidade de seu comportamento e denunciasse seus parceiros, violaria uma das premissas *do imperativo categórico* de Kant, visto que através de sua conduta não resguardaria a dignidade humana, de maneira que estaria instrumentalizando-os com a finalidade de angariar

sua liberdade, bem como promover o bem coletivo com a elucidação de grandes esquemas criminosos da sociedade.

Nessa perspectiva, Kant, citado por Michael J. Sandel¹¹, leciona que “o respeito à dignidade humana exige que tratemos as pessoas como fins em si mesmas. Por isso é errado usar algumas pessoas em prol do bem-estar geral”. Logo, não seria permitido, numa visão kantiana, se utilizar de um ser humano, no caso o delator, enquanto um meio para um determinado fim, qual seja, o desmantelamento de organizações criminosas. Isso seria imoral para o filósofo em referência, pois não respeitaria o ser humano enquanto fim em si mesmo.

Aliás, se as regras morais têm uma forma categórica e não *hipotética* como pretendia o insigne filósofo alemão, muito mais desejável seria o agir indiferente aos benefícios provenientes da delação (redução ou extinção da pena), norteados pelo sentimento íntimo de dever e em decorrência da razão e não da inclinação e dos interesses pessoais¹².

Logo, resta inequívoco que ao se utilizar do subterfúgio da delação premiada o delator estaria contribuindo com a persecução penal não por que esta seria a coisa certa a ser feita, baseando no sentimento de dever, mas sim está inclinado por intenções, desejos e objetivos pessoais, fato este que não confere, segundo o pensamento kantiano, valor moral à sua ação de colaborar com as instituições do Sistema de Justiça Criminal.

Decerto, há aqueles que se questionarão acerca de sustentarmos a capacidade do mais vil criminoso agir moralmente. Nossa postura procede do fato de rechaçarmos a ideia de que o homem seja naturalmente bom ou mau, pois não é um ser moral por natureza. Para Kant, citado por Robinson Santos¹³ o homem “[...] torna-se moral quando eleva sua razão até os conceitos do dever e da lei”.

Logo, por mais que se defenda a vida ou a vida humana, por exemplo, não apoiamos comportamentos tão dogmáticos e intransigentes que acabem por tratar os outros homens apenas como *coisas*,

11 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011 (Cap. 5: O que importa é o motivo), p. 143.

12 BITTAR, Eduardo, ALMEIDA, Guilherme. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2004.

13 SANTOS, ROBINSON. A educação moral segundo Kant. *Revista Espaço Acadêmico*. 20 ago. 2005. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/046/46csantos.htm>. Acesso em: 20 ago. 2005.

desumanizando-os, isto é, retirando-lhes a dignidade humana, posto que se tornam meros instrumentos nas mãos de outros homens.

Muito mais do que expediente capaz de colaborar com a solução de crimes, a delação premiada, como já dito alhures, é o reconhecimento da debilidade e do fracasso estatal, de sua notória incapacidade de prover segurança aos seus cidadãos. Novamente enfrentamos uma contradição, pois um instituto de tal estirpe, criado para garantir maior segurança, acaba por favorecer, de certo modo, uma anomia na medida em que enfraquece paulatinamente a força da sanção, senão também promove profunda incerteza e insegurança jurídicas, já que concede liberdade a um criminoso confesso pelo fato de ter colaborado com a solução dos crimes praticados.

Embasada em uma ética utilitarista, cuja essência reside no conceito de **utilidade**, a delação premiada fere de morte a ideia de dignidade da pessoa humana, na medida em que **instrumentaliza** o homem a fim de obter resultados na persecução penal estatal.

Segundo a visão utilitarista, o Direito e o Estado não possuem nem representam valores, sendo inadmissível que possuam fins morais desvinculados dos interesses das pessoas ou constituam fins em si próprios, justificando-se por meio da tarefa de perseguir objetivos de utilidade concreta em favor dos cidadãos e garantir-lhes os instrumentos necessários em prol da segurança jurídica.

Com efeito, David Hume, citado por BITTAR e ALMEIDA, diz que “[...] o princípio da utilidade perpassa a constituição da moralidade. A utilidade geral é o verdadeiro critério estável de justiça”¹⁴.

Mais interessante nos parece a teoria kantiana, pois para o filósofo iluminista, não é a maximização da felicidade que importa, mas é essencial que a razão por si mesma estipule princípios de equidade, imparcialidade e justiça.

Se adotássemos a lógica kantiana, ao aceitarmos a delação e consequentemente a traição a ela inerente, elevando a máxima pessoal ao nível universal, estaríamos diante de mais um paradoxo, ou seja, se todos pudessem trair, impossível seria a existência da confiança em sociedade. Criar-se-ia, portanto, uma sociedade de delatores, contrária à democracia enquanto paradigma que busca a real

14 BITTAR, Eduardo, ALMEIDA, Guilherme. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 263.

concretização dos direitos fundamentais e a efetivação da cidadania.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Espinha dorsal de uma justiça social, os princípios éticos e morais norteiam a construção de uma sociedade mais humana e fundada no valor máximo por excelência, qual seja: o ser humano.

Certamente a delação premiada continuará sendo amplamente utilizada, independentemente de sua fundamentação ética e moral e provavelmente será vista como valiosa, dada a sua *utilidade* e o medo que impera no tecido social da criminalidade que cresce dia-a-dia.

Entretanto, a delação premiada tem fragilizada a sua aceitação, reconhecida a sua flagrante inidoneidade moral e ética e a carência de adaptação do seu conteúdo à evolução da consciência moral de uma sociedade que privilegia a dignidade da pessoa humana e rejeita a traição entre as pessoas.

Não cremos ser essencial a adoção extremada de qualquer teoria ética acerca da delação premiada, o que acreditamos seria até mesmo contraproducente em determinados casos, contudo, o pensamento de Kant nos parece mais adequado do que as teorias utilitaristas, já que, a nosso sentir, os fins e os meios possuem igual importância.

Além das ideias kantianas, extremamente relevante afigura-se a teoria da *ação comunicativa* de Jürgen Habermas, dentro da qual fundamenta a *ética discursiva*, apoiada no diálogo entre sujeitos capazes de se posicionar criticamente diante das normas. É pelo entendimento e através do uso de argumentos racionais que um grupo pode chegar ao consenso, à solidariedade e à cooperação¹⁵.

Desta forma, tendo em vista o teor ética e moralmente reprovável da delação premiada e a necessidade de se legitimar a consecução dos fins individuais e preservar o restante de dignidade do potencial delator – o que consistiria na proibição de um ser humano agir contrariamente ao fim de sua natureza, assegurando consequentemente a sua autopreservação moral – defendemos que a aplicação do instituto em comento deve ser relativizada e restringida ao máxi-

15 ARANHA, Maria, MARTINS, Maria. *Filosofando*. São Paulo: Moderna, 1997.

mo, a fim de se preservar a dignidade da pessoa humana e resguardar os valores de um efetivo Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria, MARTINS, Maria. *Filosofando*. São Paulo: Moderna, 1997.

BITTAR, Eduardo, ALMEIDA, Guilherme. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

DIAS, Ricardo Gueiros B. *A comparative study of negotiation in criminal proceedings between Brazil and the United States of America*. University of Baltimore Journal of International Law, v. IV, 2016, p. 70. Disponível em: http://scholarworks.law.ubalt.edu/ubjil/vol4/iss2/4/?utm_source=scholarworks.law.ubalt.edu%2Fubjil%2Fvol4%2Fiss2%2F4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 25 jun. 18.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LA BOÉTIE, Etienne. *Discurso da servidão voluntária*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

PEYREFITTE, Alain. *A sociedade de confiança*. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/convidados/peyref3.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

PIERANGELI, José Henrique, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011 (Cap. 5: O que importa é o motivo).

SANTOS, ROBINSON. *A educação moral segundo Kant*. Revista Espaço Acadêmico. 20 ago. 2005. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/046/46csantos.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

COVID-19 e lockdown: breves considerações sobre a moral kantiana no contexto da pandemia

Daniella Gonçalves Stefanelli

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A pandemia decorrente da COVID-19, doença causada pela cepa SARS-CoV-2 que atualmente conta com diversas variantes, surpreendeu a todos, em todos os cantos do mundo, sobretudo em virtude da rapidez da sua disseminação. Desde que confirmada a identificação de um novo tipo de coronavírus pelas autoridades chinesas à Organização Mundial da Saúde, em 07 de janeiro de 2020¹, até o momento, mais de 274.702.686 (duzentos e setenta e quatro milhões, setecentos e dois mil, seiscentos e oitenta e seis) casos e de 5.354.456 (cinco milhões, trezentos e cinquenta e quatro mil, quatrocentos e cinquenta e seis) mortes por COVID-19 foram registrados em todo o mundo², sendo que cerca de 22.213.762 (vinte e dois milhões, duzentos e treze mil, setecentos e sessenta e dois) casos e de 617.803 (seiscentos e dezessete mil, oitocentos e três) mortes por COVID-19 foram registrados no Brasil³, segundo dados e estatísticas do Google Notícias.

Passados quase dois anos desde a caracterização da COVID-19, pela Organização Mundial da Saúde, como uma pandemia,

1 OPAS. Organização Pan-Americana de Saúde. Histórico da pandemia de COVID-19. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 18 dez. 2021.

2 GOOGLE NOTÍCIAS. Coronavírus (COVID-19): Global. 2021. Disponível em https://news.google.com/cov_id19/map?hl=pt-BR&mid=/m/02j71&gl=BR&ceid=BR:pt-419. Acesso em: 18 dez. 2021.

3 GOOGLES NOTÍCIAS. Coronavírus (COVID-19): Brasil. 2021. Disponível em: https://news.google.com/cov_id19/map?hl=pt-BR&mid=%2Fm%2F015fr&gl=BR&ceid=BR%3Apt-419. Acesso em 18 dez. 2021.

o que ocorreu em 11 de março de 2020⁴, experimenta-se no Brasil a sensação de quase “fim” de um episódio tão sombrio e desesperador. Indubitável que o alto índice de vacinação, que hoje já alcança quase 70% (setenta por cento) da população brasileira, equivalendo a 141.488.098 (cento e quarenta e um milhões, quatrocentos e oitenta e oito mil e noventa e oito) pessoas totalmente vacinadas⁵, teve papel de extrema relevância para o controle da pandemia no território nacional, porém, a vacina não foi a primeira, nem a única, medida.

Face de uma doença até então desconhecida, as autoridades brasileiras, tal como as autoridades internacionais, viram-se obrigadas a prever e a adotar medidas sanitárias – compreendidas, para os fins deste ensaio, como as providências que de alguma forma propiciaram o atendimento aos protocolos de saúde e de segurança, ainda que por intermédio da regulamentação das diversas relações sociais durante o estado de calamidade pública, desinentes em grande parte de Medidas Provisórias, com força de lei, editadas pelo Poder Executivo no exercício de função atípica de natureza legislativa⁶ –, cujos efeitos e consequências eram desconhecidos, devido à incipiência dos estudos acerca da COVID-19 pela comunidade científica nos idos de março de 2020.

Para além do uso de máscara e de álcool e da lavagem das mãos com sabão e água corrente, os protocolos de isolamento e de distanciamento social também foram empregados pela maioria (senão pela quase totalidade) das autoridades nacionais e internacionais, inclusive de um modo mais radical, mediante *lockdown*, durante o qual tão somente os serviços tidos como essenciais pelo Governo Federal⁷ mantiveram-se em pleno e franco funcionamento. Por ser uma medida mais severa, com maiores impactos e consequências que as demais, o *lockdown* foi (e continua sendo) objeto de grande discussão não apenas na comunidade científica, mas na so-

4 OPAS. Organização Pan-Americana de Saúde. Histórico da pandemia de COVID-19. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 18 dez. 2021.

5 GOOGLES NOTÍCIAS. Coronavírus (COVID-19): Brasil. 2021. Disponível em: <https://news.google.com/cov?id19/map?hl=pt-BR&mid=%2Fm%2F015fr&gl=BR&ceid=BR%3Apt-419>. Acesso em 18 dez. 2021.

6 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 750 [livro eletrônico].

7 BRASIL. Casa Civil. Enfrentamento ao coronavírus: os serviços essenciais que não podem parar durante a pandemia. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/abril/enfrentamento-ao-coronavirus-os-servicos-essenciais-que-nao-podem-parar-durante-a-pandemia>. Acesso em 18 dez. 2021

cidade como um todo, levando os seus membros, não raras vezes, a questionarem a adoção do protocolo.

Nesse diapasão, a presente pesquisa tem como objetivo central realizar breves análises, sem a pretensão de esgotar a temática, acerca da moral kantiana no contexto da pandemia da COVID-19, especificamente no referente ao *lockdown*, com vistas a apurar se a implementação da citada medida pela perspectiva de Immanuel Kant – para quem a moralidade de uma determinada ação é apurada a partir do móbil e da intenção que conduz a pessoa à sua prática – pode ou não ser considerada correta. Para tanto, serão feitos alguns apontamentos no tocante ao *lockdown* e os seus impactos no Brasil, necessários para viabilizar a discussão relativa à moral kantiana.

2 O LOCKDOWN PELA ÓTICA DA MORAL KANTIANA

Com a finalidade precípua de “aprimorar a coordenação, a cooperação e a solidariedade global para interromper a propagação”⁸ da SARS-CoV-2, a Organização Mundial da Saúde declarou ser o surto ocasionado pela mencionada cepa do coronavírus uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, ainda em 30 de janeiro de 2020⁹, o que levou diversos países a instituírem protocolos não farmacológicos, como “medidas de contenção, [que] mostraram ser melhores alternativas disponíveis para evitar a infecção e controlar a propagação do vírus”¹⁰.

Por meio da Lei nº 13.797, de 06 de fevereiro de 2020, o Governo Brasileiro dispôs a respeito de uma série de providências voltadas para o enfrentamento da situação de emergência da saúde pública de importância nacional, entre os quais: isolamento (art. 3º, I), quarentena (art. 3º, II), restrição excepcional e temporária de entrada e saída de pessoas do país (art. 3º, VI) etc. O rol, meramente

8 OPAS. Organização Pan-Americana de Saúde. Histórico da pandemia de COVID-19. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 18 dez. 2021.

9 OPAS. Organização Pan-Americana de Saúde. Histórico da pandemia de COVID-19. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 18 dez. 2021.

10 HOUVESSOU, Gbènkpon Mathias; SOUZA, Tatiana Porto de; SILVEIRA, Mariângela Freitas da. Medidas de contenção de tipo lockdown para prevenção e controle da COVID-19: estudo ecológico descritivo, com dados da África do Sul, Alemanha, Brasil, Espanha, Estados Unidos, Itália e Nova Zelândia, fevereiro a agosto de 2020. Epidemiol. Serv. Saúde, Brasília, 30(1):e2020513, 2021. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ress/a/svBDXk_w7M4HLDCMVDxT835R/?lang=pt. Acesso em 18 dez. 2021.

exemplificativo, não faz menção expressa ao *lockdown*, contudo, a legislação, com fulcro no art. 1º do Regulamento Sanitário Internacional (2005), traz as seguintes definições:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I – isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meio de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II – quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

A partir dos conceitos legais observa-se que, a princípio, o isolamento e a quarentena estavam voltados para pessoas doentes ou contaminadas e pessoas suspeitas de contaminação, bem como para bens e serviços afetados, seja por serem suspeitos de contaminação ou por terem potencial para atuarem como vetores de contaminação ou de propagação do vírus. Embora a restrição de atividades e de serviços já integrasse a definição de quarentena, inicialmente, buscava-se isolar o vírus para proteger a população, mas, infelizmente, acabou não sendo suficiente e eficaz.

Diante do aumento exponencial do número de casos e de óbitos em razão da COVID-19, acabou a Organização Mundial da Saúde por caracterizá-la como pandemia em 11 de março de 2020. Paralelamente, providências mais severas passaram a ser implementadas em todo o mundo, não mais objetivando isolar o vírus para proteger a população, mas isolar a própria população para, talvez assim, alcançar êxito na sua proteção, o que foi feito com a instituição do *lockdown*.

Conforme a doutrina especializada, o *lockdown* pode consistir em confinamento total ou parcial, segundo o tipo de atividade suspensa e a imposição de restrição de circulação de pessoas¹¹. Por

11 HOUVÈSSOU, Gbènkpon Mathias; SOUZA, Tatiana Porto de; SILVEIRA, Mariângela Freitas da. *Medidas de contenção de tipo lockdown para prevenção e controle da COVID-19*: estudo ecológico descritivo, com dados da África do Sul, Alemanha, Brasil, Espanha, Estados Unidos, Itália e Nova Zelândia, fevereiro a agosto de 2020. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, 30(1):e2020513, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ress/a/svBDXk7M4HLDCMVDxT835R/?lang=pt>. Acesso em 20 dez. 2021.

intermédio da Recomendação nº 36, de 11 de maio de 2020, o Conselho Nacional de Saúde –depois de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e da União no combate à COVID-19¹² –, recomendou que “medidas de distanciamento social mais restritivo (*lockdown*)”¹³ fossem implementadas, a fim de reduzir a velocidade da transmissão do vírus e de evitar o colapso do sistema de saúde:

2) Que sejam adotadas medidas de distanciamento social mais rigoroso, ou seja, a contenção comunitária ou bloqueio (em inglês, *lockdown*) nos municípios com ocorrência acelerada de novos casos de COVID-19 e com taxa de ocupação dos serviços atingindo níveis críticos, agregando as seguintes providências: a) Suspensão de todas as atividades não essenciais à manutenção da vida e da saúde, apenas autorizando o funcionamento dos serviços considerados essenciais, por sua natureza; b) Adoção de medidas de orientação e de sanção administrativa quando houve infração às medidas de restrição social, podendo ser aplicadas em áreas específicas de uma cidade (bairros, distritos setoriais); c) Restrição da circulação de pessoas e de veículos particulares (somente com uso de máscaras), salvo transporte de pessoas do itinerário e no exercício de serviços considerados como essenciais, com ampliação de medidas informativas e educativas (monitoramento do cumprimento) em veículo de transporte coletivo; e d) Mobilização das Forças Armadas e de Segurança, pelos poderes Estaduais e Municipais, pela via de parcerias intersetoriais entre os órgãos, com vistas ao cumprimento de protocolos de emergência para a adoção de bloqueio total (*lockdown*) quando necessário, com planejamento antecipado ao limite de ocupação de leitos na rede local de saúde.

Entre as inúmeras considerações realizadas pelo Presidente do Conselho Nacional de Saúde no bojo do documento em questão, chama a atenção a penúltima, por meio da qual fica evidenciado que, mais que uma providência para contribuir para com o achatamento da curva de propagação do vírus e impedir a escassez dos recursos

12 PINHEIRO, Regina. *STF reconhece competência de estados e municípios em regras de isolamento*. Rádio Senado. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2020/04/16/stf-reconhece-c-ompetencia-concorrente-de-estados-df-municipios-e-uniao-no-combate-a-covid-19>. Acesso em 20 dez. 2021.

13 BRASIL. Conselho Nacional de Saúde (Ministério da Saúde) Recomendação nº 036, de 11 de maio de 2020. Brasília, 2020. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/recomenda-coes-cns/1163-recomendac-a-o-n-036-de-11-de-maio-de-2020>. Acesso em 19 dez. 2021.

do sistema de saúde, o *lockdown* visava propiciar o oferecimento do tratamento médico adequado e digno a todos que dele viessem a precisar¹⁴.

Parece correto afirmar que o *lockdown* voltava-se à saúde e à vida das pessoas acometidas pela COVID-19, sem exceção, afinal, o distanciamento social mais restritivo, teoricamente, tornaria possível a administração dos recursos do sistema de saúde – obstando a sua sobrecarga –, por consequência, permitiria o oferecimento de tratamento médico adequado e digno para todos. O êxito do *lockdown* faria com que, diversamente do que aconteceu em alguns outros países, a possibilidade de os médicos brasileiros serem submetidos à “Escolha de Sofia”, definindo quem seria contemplado com o tratamento médico – a quem seria dada a chance de viver, a partir de critérios objetivos como idade, preexistência de comorbidades, chance de sucesso do tratamento e possibilidade de reversão do quadro clínico, entre outros¹⁵ – restasse totalmente afastada.

Analisando pela perspectiva acima exposta, a decretação do *lockdown*, seja total ou parcial, por autoridades públicas no exercício da sua competência concorrente, tal como antes reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, pode estar em consonância com pontos da teoria kantiana.

Conhecido pela complexidade das suas ideias, representadas, principalmente, pelos imperativos categóricos, com caráter incondicional, Immanuel Kant exerce bastante influências no direito contemporâneo, máxime no concernente aos direitos humanos¹⁶. Para ele, o ser humano, dotado de racionalidade e de autonomia, possui uma dignidade especial, a dignidade humana, por força da qual as pessoas devem ser tratadas como “fins em si mesmas”¹⁷, não como instrumentos da felicidade coletiva – tal como faziam os utilitaristas, para os quais a ação moral sempre deveria estar direcionada à maior quantidade de prazer para o maior número de pessoas

14 BRASIL. Conselho Nacional de Saúde (Ministério da Saúde) Recomendação nº 036, de 11 de maio de 2020. Brasília, 2020. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1163-recomendacao-a-o-n-036-de-11-de-maio-de-2020>. Acesso em 19 dez. 2021.

15 BARIFOUSE, Rafael. Coronavírus: médicos podem ter de fazer ‘escolha de Sofia’ por quem vai viver na Itália. BBC News Brasil, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51864814>. Acesso em 20 dez. 2021.

16 SANDEL, Michael J. Justiça: O que é fazer a coisa certa? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 135.

17 SANDEL, Michael J. Justiça: O que é fazer a coisa certa? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 143.

possível¹⁸.

Quanto a este aspecto, uma vez empregando protocolo que objetivava a vida e a saúde de uma parcela da população brasileira – que não representava a grande maioria –, a saber, as pessoas doentes ou contaminadas pelo coronavírus que dependiam do sistema de saúde, as autoridades brasileiras, mesmo restringindo direitos da população em geral, pelo menos em teoria, acabaram por afastar-se do utilitarismo. Considerando o *lockdown* o meio para evitar “questões bioéticas relacionadas à gestão de recursos escassos e a consequente necessidade de estabelecimento de critérios para a escolha de pessoas”¹⁹ a serem contempladas pelo tratamento médico adequado e digno, com a admissão em leitos e a utilização de respiradores e de ventiladores mecânicos, o Conselho Nacional de Saúde fixou que o ser humano deveria ser tratado como fim em si.

Explica-se: diante da inércia do Governo Federal ao não adotar o *lockdown* em nível nacional e ao não encorajar a adoção do *lockdown* em nível subnacional, o que, inclusive, colaborou para o aumento do número de casos entre maio e agosto de 2020²⁰, segundo dados fornecidos pelo Assessment Capacities Project²¹ – que registrou a data e o tipo da medida empregada em cada país –, as autoridades estaduais, distrital e municipais simplesmente poderiam ter escolhido por privilegiar aspectos outros, como o econômico, em detrimento da vida e da saúde dos doentes ou contaminados, em detrimento da pessoa humana. Isso, certamente, conduziria ao colapso do sistema de saúde, ocasião em que aqueles a quem o tratamento médico adequado e digno não pudesse ser oferecido ante a escassez de recursos, ainda que não viessem a óbito, em nada mais consistiriam que meros instrumentos para a preservação da economia em uma maior medida.

18 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 138.

19 BRASIL. Conselho Nacional de Saúde (Ministério da Saúde) Recomendação nº 036, de 11 de maio de 2020. Brasília, 2020. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1163-recomendac-a-o-n-036-de-11-de-maio-de-2020>. Acesso em 19 dez. 2021.

20 BRASIL. Conselho Nacional de Saúde (Ministério da Saúde) Recomendação nº 036, de 11 de maio de 2020. Brasília, 2020. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1163-recomendac-a-o-n-036-de-11-de-maio-de-2020>. Acesso em 19 dez. 2021.

21 HOUVESSOU, Gbènkpon Mathias; SOUZA, Tatiana Porto de; SILVEIRA, Mariângela Freitas da. Medidas de contenção de tipo lockdown para prevenção e controle da COVID-19: estudo ecológico descritivo, com dados da África do Sul, Alemanha, Brasil, Espanha, Estados Unidos, Itália e Nova Zelândia, fevereiro a agosto de 2020. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, 30(1):e2020513, 2021. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ress/a/svBDXk_w7M4HLDCMVDxT835R/?lang=pt. Acesso em 20 dez. 2021.

Todavia, a aparente abordagem do ser humano como um fim, não como um instrumento, não é suficiente para afirmar que as autoridades brasileiras agiram segundo a moralidade kantiana.

Para o filósofo aqui em estudo, as leis morais subdividem-se em leis éticas e em leis jurídicas, as primeiras relacionadas à moralidade, à ideia de justo e de injusto, já as segundas relacionadas à legalidade, à ideia de lícito e de ilícito²². Embora espécies de um mesmo gênero, a seu ver, as citadas leis diferem entre si em virtude da motivação que levava à prática da ação, porque:

Na legislação ética, o móbil da ação é o dever, ao passo que, na legislação jurídica, a motivação é dada pelas inclinações ou aversões. Neste caso, a legislação é coercitiva. A legalidade, portanto, diz respeito à mera concordância ou não de uma ação com a lei, sem levar em conta seu móbil; a moralidade, por sua vez, refere-se à concordância da ação com a lei, tendo em vista a ideia do dever como móbil. O que caracteriza a legislação ética é a realização de ações simplesmente por serem deveres [...]²³.

Ambas as leis, éticas e jurídicas, têm por fundamento a razão, o cerne da distinção é que as leis éticas possuem um móbil interno, de modo que o que determina o agir da pessoa é o dever, ao passo que as leis jurídicas possuem um móbil externo, de modo que o que determina o agir da pessoa é a coerção²⁴. Trazendo tais premissas para o caso concreto, tem-se que a Constituição Federal lista a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), a vida como um direito inviolável (art. 5º, *caput*) e a saúde com um dos direitos sociais a ser garantido por todos os entes federativos (art. 6º, *caput*, c/c art. 23, II).

22 WEBER, Thadeu. Direito e Justiça em Kant. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (UNISINOS). São Leopoldo, jan./jun. 2013, p. 39-41. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.05/1526>. Acesso em 15 dez. 2021.

23 WEBER, Thadeu. Direito e Justiça em Kant. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (UNISINOS). São Leopoldo, jan./jun. 2013, p. 40. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.05/1526>. Acesso em 15 dez. 2021.

24 WEBER, Thadeu. Direito e Justiça em Kant. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (UNISINOS). São Leopoldo, jan./jun. 2013, p. 39-41. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.05/1526>. Acesso em 15 dez. 2021.

Lado outro, a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, apreciada em conjunto à Recomendação nº 36, de 11 de maio de 2020, menciona medidas e possibilita a sua adoção para o combate da COVID-19, entre elas o *lockdown*. Mesmo as disposições normativas tratando o distanciamento social mais restritivo de maneira mais sugestiva e recomendatória, ainda assim, a coerção que é própria das leis jurídicas subsiste, até porque, o ordenamento jurídico conta com enunciados outros que viabilizam a responsabilização dos governantes por suas ações e suas omissões.

Nesta senda, muito provavelmente, as autoridades brasileiras ao instituírem o *lockdown* agiram em atendimento às leis jurídicas, a partir de um móbil externo. Entretanto, parece perfeitamente plausível que a mesma ação tenha, simultaneamente, atendido à moralidade e à legalidade, pois, como elucidado por Thadeu Weber, a ação decorrente de leis éticas também é concorde com o direito positivo²⁵, o grande diferencial é que ela não é praticada em função da coercibilidade de dispositivos legais, mas, simplesmente, porque o dever, em si mesmo, impõe a realização²⁶.

Reconhece-se que, somente pela análise do conteúdo das normativas e das notícias que tratam a COVID-19, tal como feito no presente ensaio, não é possível apurar os móbeis que levaram à implementação do distanciamento social mais restritivo pelos mais diversos entes federativos, tampouco a intenção das autoridades brasileiras ao fazê-lo, o que obsta seja averiguado o valor moral da referida ação. Porém, fato é que, caso os governantes tenham agido com fundamento em determinações exteriores e finalidades externas, quaisquer que sejam elas, por mais nobres e certas que possam parecer, eles não agiram com liberdade e autonomia, não agiram pelo dever puro e simples, não agiram pelo motivo certo²⁷, fator que, inclusive, pode afastar a ideia de que a sua ação estava voltada para o ser humano como fim em si mesmo, não como instrumento.

Outro aspecto que merece ser trazido à baila são os efeitos da pandemia para a população como um todo. Dados dão conta de

25 WEBER, Thadeu. Direito e Justiça em Kant. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (UNISINOS). São Leopoldo, jan./jun. 2013, p. 40. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.05/1526>. Acesso em 15 dez. 2021.

26 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 144.

27 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 144.

que, entre agosto e dezembro de 2020, praticamente 60% (sessenta por cento) da população brasileira, o que corresponde a aproximadamente 125.600.000 (cento e vinte e cinco milhões e seiscentos mil) pessoas, “sofreram com insegurança alimentar durante a pandemia”²⁸, período em que, apesar da forte crise econômica²⁹ e dos sucessivos recordes na taxa de desempregos³⁰, as políticas públicas e assistenciais deixaram a desejar, muito porque o auxílio emergencial, oferecido pelo Governo Federal entre abril de 2020 e novembro de 2021, mostrou-se muito aquém das necessidades das famílias brasileiras com ele beneficiadas³¹.

Passou-se, então, a questionar o papel do *lockdown* para o cenário econômico brasileiro, tendo em conta o argumento de que ao instituí-lo, as autoridades brasileiras permaneceram no mesmo ponto, isto é, a opção pela vida e a saúde das pessoas doentes ou contaminadas pelo coronavírus foi viabilizada com a vida e a saúde das pessoas em situação de vulnerabilidade e de insegurança alimentar, o que, aparentemente, fez destas um instrumento para o oferecimento do tratamento médico adequado e digno para aquelas. Decerto que a problemática não é tão simples, inúmeros fatores nela influem, como, por exemplo, os cenários da fome e do desemprego no Brasil, que já apresentavam agravamentos preocupantes mesmo antes da pandemia da COVID-19³².

Neste caso, mostra-se ainda mais difícil verificar a moralidade (e até a correção) da medida pela ótica kantiana, haja vista que tanto a instituição como a não instituição do *lockdown* implica no privilégio de uns em detrimento de outros. Os acometidos pelo não

28 STROPASOLAS, Pedro; GIOVANA, Daniel. Brasil com fome: pandemia e desmonte do Estado agravam drama dos trabalhadores. Brasil de Fato, São Paulo. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/08/11/brasil-com-fome-pandemia-e-desmonte-do-estado-agravam-drama-dos-trabalhadores>. Acesso em 22 dez. 2021.

29 ALVARENGA, Darlan; GERBELLI, Luiz Guilherme; MARTINS, Raphael. Como a pandemia ‘bagunçou’ a economia brasileira em 2020. G1, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/12/12/com-o-a-pandemia-bagunçou-a-economia-brasileira-em-2020.ghtml>. Acesso em 22 dez. 2021.

30 ALVARENGA, Darlan; SILVEIRA, Daniel. Desemprego mantém recorde de 14,7% e atinge 14,8 milhões de brasileiros no trimestre encerrado em abril. G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/06/30/desemprego-fica-em-147percent-no-trimestre-terminado-em-abril-diz-ibge.ghtml>. Acesso em 22 dez. 2021.

31 CARVALLINI, Marta. Auxílio Emergencial, Bolsa Família, Auxílio Brasil: brasileiros relatam desespero, fome e incertezas em 2021. G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/12/22/auxilio-emergencial-bolsa-familia-auxilio-brasil-brasileiros-relatam-desespero-fome-e-incertezas-em-2021.ghtml>. Acesso em 22 dez. 2021.

32 ALEGRETTI, Laís. Não é só efeito da pandemia: por que quase 19 milhões de brasileiros passam fome. BBC News Brasil, Londres, 2021. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57530224>. Acesso em 22 dez. 2021.

oferecimento de tratamento médico adequado e digno, mesmo sobreviventes, assim como os acometidos pela fome e pela insegurança alimentar, inevitavelmente, podem ter servido como instrumento para a salvação de outrem, cenário que faz com que a ação (ou a omissão) fujam à moral e à ética kantiana.

Tudo, mais uma vez, depende do móbil e da intenção com que agiu a autoridade brasileira, que deve ter tomado a decisão de modo informado, ainda que, para tanto, tenha precisado refletir se a “universalização [do seu ato] traria consequências aceitáveis para o todo”³³. Somente então poder-se-ia constatar se a decretação do *lockdown* consistiu em uma ação racional, autônoma e livre, que, independentemente do alcance do fim almejado, as autoridades brasileiras atenderam ao dever de atuar em favor da preservação da saúde da vida humana, porque assim o deve ser, sem perder de vista que “a moral não diz respeito ao aumento da felicidade ou a qualquer outra finalidade, [...] ela está fundamentada no respeito às pessoas como fins em si mesmas”³⁴.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após quase dois anos de enfrentamento à pandemia, o sentimento é de que o que se sabe ainda é muito inferior ao que se precisa saber. A velocidade com que o SARS-CoV-2 se reinventa e se dissemina coloca toda a humanidade em uma posição de incerteza quanto ao por vir, como, também, a respeito do que passou, visto que a forma como tudo transcorreu, principalmente no tocante à implementação de medidas mais severas, como o *lockdown*, em um momento em que sequer havia estudos científicos suficientes para informar qualquer decisão, agrava o cenário.

Considerar a adequação e a correção do distanciamento social mais restritivo ganha contornos mais complexos quando observado que, aqui no Brasil, cada ente federativo o empregou a seu tempo e modo, visando as suas necessidades, sem coordenação e

33 BECKER, Daniel; BOURGUY, Fernando; LAMEIRÃO, Pedro. Entre Bentham e Kant: COVID-19 e a retomada do dilema mais famoso da filosofia. JOTA, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/entre-bentham-e-kant-covid-19-e-a-retomada-do-dilema-mais-famoso-da-filosofia-07042020>. Acesso em 22 dez. 2021.

34 SANDEL, Michael J. Justiça: o que é fazer a coisa certa? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 139.

controle a nível nacional. Isso não somente prejudicou o exame da efetividade da providência, a qual mostrou-se indispensável para a redução do número de casos e de óbitos por COVID-19 em países que a adotaram logo após a confirmação dos primeiros casos³⁵, portanto, precocemente, como, também, certamente, proporcionou a ocorrência (ou a potencialização) de consequências e de efeitos indesejados.

Dizer sobre o acerto das autoridades estaduais, distrital e municipais pela perspectiva do direito é ainda mais complicada, porque, a depender da abordagem e do viés filosófico-jurídico, pode haver variações nas respostas. Ademais, mesmo quando partindo de teorias que influenciaram e influenciam o ordenamento jurídico pátrio – tal como ocorre com relação à ideia de moral de Immanuel Kant, que impacta a matéria referente aos direitos e garantias fundamentais – a tarefa não fica fácil, por muitas vezes depender da análise de pontos não acessíveis ao pesquisador.

A teoria kantiana não parece, pelo menos para o método adotado para o presente estudo, ser a mais apropriada para a constatação da moralidade da correção da decretação do *lockdown* pelas autoridades brasileiras: a uma, porque quando considerada isoladamente, não é possível apurar de imediato o móbil e a intenção com os quais as autoridades agiram, tampouco a inexistência de determinações exteriores e de finalidades externas enquanto fundamento para a sua ação; a duas, porque quando considerada conjuntamente com os seus efeitos indiretos, exsurtem fortes dúvidas sobre o papel atribuído ao ser humano, se instrumento ou se fim, nessa conjuntura.

Independentemente de o distanciamento social mais restritivo, estar (ou não) em conformidade com a moralidade kantiana, fato é que a providência devia ter sido implementada de maneira mais precoce, coordenada e controlada a nível nacional, paralelamente à realização de políticas públicas e assistenciais mais eficazes, aptas a suprirem as necessidades básicas da população.

35 HOUVÊSSOU, Gbènakpon Mathias; SOUZA, Tatiana Porto de; SILVEIRA, Mariângela Freitas da. Medidas de contenção de tipo lockdown para prevenção e controle da COVID-19: estudo ecológico descritivo, com dados da África do Sul, Alemanha, Brasil, Espanha, Estados Unidos, Itália e Nova Zelândia, fevereiro a agosto de 2020. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, 30(1):e2020513, 2021. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ress/a/svBDXk_w7M4HLDCMVDxT835R/?lang=pt. Acesso em 20 dez. 2021.

REFERÊNCIAS

ALEGRETTI, Laís. Não é só efeito da pandemia: por que quase 19 milhões de brasileiros passam fome. *BBC News Brasil*, Londres, 2021. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57530224>. Acesso em 22 dez. 2021.

ALVARENGA, Darlan; GERBELLI, Luiz Guilherme; MARTINS, Raphael. Como a pandemia ‘bagunçou’ a economia brasileira em 2020. *GI*, 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/12/12/com_o-a-pandemia-bagunçou-a-economia-brasileira-em-2020.ghtml. Acesso em 22 dez. 2021.

_____; SILVEIRA, Daniel. Desemprego mantém recorde de 14,7% e atinge 14,8 milhões de brasileiros no trimestre encerrado em abril. *GI*, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/06/30/desemprego-fica-em-147percent-no-trimestre-terminado-em-abril-diz-ibge.ghtml>. Acesso em 22 dez. 2021.

BARIFOUSE, Rafael. Coronavírus: médicos podem ter de fazer ‘escolha de Sofia’ por quem vai viver na Itália. *BBC News Brasil*, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51864814>. Acesso em 20 dez. 2021.

BECKER, Daniel; BOURGUY, Fernando; LAMEIRÃO, Pedro. Entre Bentham e Kant: COVID-19 e a retomada do dilema mais famoso da filosofia. *JOTA*, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/entre-bentham-e-kant-covid-19-e-a-retomada-do-dilema-mais-famoso-da-filosofia-07042020>. Acesso em 22 dez. 2021.

BRASIL. Casa Civil. *Enfrentamento ao coronavírus: os serviços essenciais que não podem parar durante a pandemia*. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/abril/enfrentamento-ao-coronavirus-os-servicos-essenciais-que-nao-podem-parar-durante-a-pandemia>. Acesso em 18 dez. 2021

_____. Conselho Nacional de Saúde (Ministério da Saúde) *Reco-*

mendação nº 036, de 11 de maio de 2020. Brasília, 2020. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1163-recomendac-a-o-n-036-de-11-de-maio-de-2020>. Acesso em 19 dez. 2021.

CARVALLINI, Marta. Auxílio Emergencial, Bolsa Família, Auxílio Brasil: brasileiros relatam desespero, fome e incertezas em 2021. *GI*, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/12/22/auxilio-emergencial-bolsa-familia-auxilio-brasil-brasileiros-relatam-desespero-fome-e-incertezas-em-2021.ghtml>. Acesso em 22 dez. 2021.

GOOGLE NOTÍCIAS. *Coronavírus (COVID-19)*: Global. 2021. Disponível em https://news.google.com/cov_id19/map?hl=ptBR&mid=/m/02j71&gl=BR&ceid=BR:pt-419. Acesso em: 18 dez. 2021.

GOOGLES NOTÍCIAS. *Coronavírus (COVID-19)*: Brasil. 2021. Disponível em: <https://news.google.com/covid19/map?hl=pt-BR&mid=%2Fm%2F015fr&gl=BR&ceid=BR%3Apt-419>. Acesso em 18 dez. 2021.

HOUVÈSSOU, Gbènkpon Mathias; SOUZA, Tatiana Porto de; SILVEIRA, Mariângela Freitas da. Medidas de contenção de tipo lockdown para prevenção e controle da COVID-19: estudo ecológico descritivo, com dados da África do Sul, Alemanha, Brasil, Espanha, Estados Unidos, Itália e Nova Zelândia, fevereiro a agosto de 2020. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, 30(1):e2020513, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ress/a/svBDXkw7M4HLDCMVDx-T835R/?lang=pt>. Acesso em 18 dez. 2021.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 750 [livro eletrônico].

OPAS. Organização Pan-Americana de Saúde. *Histórico da pandemia de COVID-19*. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 18 dez. 2021.

PINHEIRO, Regina. STF reconhece competência de estados e municípios em regras de isolamento. *Rádio Senado*. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2020/04/16/stf-reconhece-competencia-concorrente-de-estados-df-municipios-e-uniao-no-combate-a-covid-19>. Acesso em 20 dez. 2021.

SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 133-174.

STROPASOLAS, Pedro; GIOVANAZ, Daniel. Brasil com fome: pandemia e desmonte do Estado agravam drama dos trabalhadores. *Brasil de Fato*, São Paulo. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/08/11/brasil-com-fome-pandemia-e-desmonte-do-estado-agravam-drama-dos-trabalhadores>. Acesso em 22 dez. 2021.

WEBER, Thadeu. Direito e Justiça em Kant. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (UNISINOS). São Leopoldo, jan./jun. 2013, p. 38-47. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.05/1526>. Acesso em 15 dez. 2021.

A distribuição de recursos do fundo eleitoral em benefício das candidaturas de mulheres e negros: considerações sob a ótica da teoria da justiça em John Rawls

Douglas Puziol Giuberti

INTRODUÇÃO

A ordem constitucional brasileira, como é comum nas modernas nações democráticas com eleições periódicas, elenca a democracia representativa como forma de exercício do poder político pela população, que elege seus representantes para atuarem em seu nome e por sua autoridade.

O exercício da soberania popular, que confere essência à forma republicana de governo, “é a qualidade máxima do poder extraída da soma dos atributos de cada membro da sociedade estatal, encarregado de escolher seus representantes no governo através do sufrágio universal e do voto direto, secreto e igualitário” (BULOS, 2008, p.492).

Ocorre que, diante de uma sociedade plural e profundamente desigual, não raro, o processo de escolha dos representantes através de eleições reflete as diferenças socioeconômicas presentes nas mais diversas estratificações sociais da população. Isso porque, o sucesso na eleição pressupõe dispendiosas campanhas e a busca de ampla visibilidade. Portanto, grupos de poder já historicamente constituídos tendem a possuir vantagem nesse desiderato. É comum, ainda, que haja uma indevida interferência do poder econômico no pleito.

Nesse contexto, ganham relevância as regras de financiamento das campanhas políticas. A fim de tentar melhor equalizar a igualdade de oportunidades das candidaturas e a consequente representatividade de grupos minoritários, excluídos e/ou marginaliza-

dos, foram realizadas progressivas alterações nas regras de distribuição dos recursos do fundo eleitoral, tempo de propaganda eleitoral e financiamento de campanhas eleitorais objetivando prestigiar as candidaturas de mulheres e negros.

As mudanças em questão, conforme descritas adiante, foram concretizadas por alterações legislativas (edição de leis e emendas pelo parlamento), edição de normas e regulações pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e julgamentos do Supremo Tribunal Federal (STF). Todas essas medidas possuem como plano de fundo a busca de uma maior competitividade e representatividade de grupos historicamente marginalizados e excluídos, visando promover o princípio da igualdade em sua vertente material.

Tais ações afirmativas, em benefício das mulheres e negros, são justificadas por noções racionais da aplicação de uma denominada justiça distributiva.

Neste enfoque, o presente artigo busca apresentar a noção de equidade na teoria da justiça do filósofo norte americano John Rawls e a sua justificação para as ações afirmativas na busca da igualdade de oportunidades no processo eleitoral, trazendo à baila a influência do pensamento do autor na definição das regras eleitorais, especialmente quanto ao financiamento de campanhas, visando uma competição mais justa dentro do possível.

2 A TEORIA DA JUSTIÇA E A NOÇÃO DE EQUIDADE NO PENSAMENTO DE JOHN RAWLS

A teoria da justiça desenvolvida pelo norte americano John Rawls, professor de filosofia política da Universidade de Harvard, tem como pedra fundamental a obra “Uma Teoria da Justiça” publicada em 1971, que influenciou profundamente a ciência política o direito no ocidente. Trata-se, a rigor, de um autor que ressuscitou a questão da teoria da justiça e trouxe uma relevante e original concepção do tema.

Rawls desenvolve a ideia de uma sociedade ordenada, composta por sujeitos livres e racionais, capazes de definir princípios de justiça basilares aptos a serem aplicados para a definição das regras de funcionamento de uma estrutura básica de sociedade.

A distribuição de recursos do fundo eleitoral em benefício das candidaturas de mulheres e negros

Para que haja esse consenso mínimo acerca das regras que governarão a coletividade, o autor trabalha um conceito próprio de contratualismo, no qual a posição original dos sujeitos seria definida pela ideia do “véu da ignorância”.

Pela formulação do véu da ignorância, parte-se do pressuposto hipotético de que todos os sujeitos seriam completamente ignorantes, no sentido de desconhecerem previamente sua própria condição social, etnia, gênero, interesses, religião, inclinação política, capacidades físicas e mentais, etc. Explicando a tese, Michael Sandel (2011, p. 178):

Analisemos agora uma experiência mental: suponhamos que, ao nos reunir para definir os princípios, não saibamos a qual categoria pertencemos na sociedade. Imaginemo-nos cobertos por um ‘véu de ignorância’ que temporariamente nos impeça de saber quem realmente somos. Não sabemos a que classe social ou gênero pertencemos e desconhecemos nossa raça ou etnia, nossas opiniões políticas ou crenças religiosas. Tampouco conhecemos nossas vantagens ou desvantagens – se somos saudáveis ou frágeis, se temos alto grau de escolaridade ou se abandonamos a escola, se nascemos em uma família estruturada ou em uma família desestruturada. Se não possuísemos essas informações, poderíamos realmente fazer uma escolha a partir de uma posição original de equidade. Já que ninguém estará em uma posição superior de barganha, os princípios escolhidos seriam justos.

Partindo do pressuposto do véu da ignorância (posição original), os sujeitos seriam capazes de fazer uma escolha racional (contrato social). Rawls (2000, p. 64) assenta que, nessas condições, dois seriam os princípios de justiça a serem adotados:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.

É possível sintetizar os dois princípios acima mencionados como sendo um primeiro princípio de liberdade igualitária (garantias básicas) – que prevalece sobre os demais – e um segundo princípio de igualdade equitativa, que está subdividido no chamado “princípio da diferença” e no “princípio da igualdade de oportunidades”. Sobre o tema, Paul Ricoeur (2008, p. 76):

O primeiro princípio, portanto, garante as liberdades iguais da cidadania (liberdade de expressão, de reunião, de voto, de elegibilidade para as funções públicas). O segundo princípio aplica-se a uma condição de desigualdade e afirma que certas desigualdades devem ser consideradas preferíveis mesmo a um rateio igualitário.

A grande questão é como conciliar essa aparente antinomia entre a igualdade formal e a igualdade equitativa dentro de uma sociedade plural, em que o consenso é difícil de atingir (a busca de uma justiça distributiva).

A resposta de Rawls estaria no mencionado “princípio da diferença”, segundo o qual “a sociedade deve promover a distribuição igual da riqueza, exceto se a existência de desigualdades econômicas e sociais gerarem maior benefício para os menos favorecidos.” (LIMA, 2000, p. 236). Nas palavras de John Rawls (2003, p. 60), como expressão do princípio da diferença se podem elencar as seguintes consequências:

- a) 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;
- b) e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade.

Assim, diante do princípio da diferença, somente são permitidas as desigualdades capazes de maximizar o mínimo. Desse raciocínio surge a noção trazida por Rawls do princípio *maximin* (*maximize the minimum*). Busca-se, com isso, promover a difícil conciliação entre os valores da liberdade e da igualdade, e superar a noção de justiça do utilitarismo (segundo o qual se deve buscar a maximização do bem para o maior número de pessoas possíveis).

Isso porque, pelo princípio da diferença (*maximin*), o indicador da maximização não é o aumento de condições e bens de toda a sociedade, mas sim daqueles menos afortunados, aos quais se devem garantir estímulos para competir em igualdade de oportunidades, visando equalizar os pontos de partida.

O princípio da diferença impõe que “a estrutura básica da sociedade pode ser elaborada de forma que essas contingências trabalhem para o bem dos menos afortunados” (RAWLS, 2000, p. 121). No plano concreto, Michael Sandel (2011, p. 194) ilustra a noção *maximin* oriunda da aplicação do princípio da diferença:

Há outras alternativas à sociedade de mercado meritocrática além da igualdade pelo nivelamento. A alternativa de Rawls, que ele denomina princípio da diferença, corrige a distribuição desigual de aptidões e dotes sem impor limitações aos mais talentosos. Como? Estimulando os bem-dotados a desenvolver e exercitar suas aptidões, compreendendo, porém, que as recompensas que tais aptidões acumulam no mercado pertencem à comunidade como um todo. Não criemos obstáculos para os melhores corredores; deixemos que corram e façam o melhor que puderem. Apenas reconheçamos, de antemão, que os prêmios não pertencem somente a eles, mas devem ser compartilhados com aqueles que não têm os mesmos dotes.

A teoria da justiça em Rawls, portanto, é liberal no sentido de que não busca eliminar por completo as desigualdades. Todavia, reconhece o dever de equidade na sociedade através do princípio *maximin*, de forte inclinação finalística, baseado na força das instituições (liberalismo deontológico). Desse modo, a teoria de Rawls é habitualmente descrita como uma teoria da justiça da equidade. Nessa perspectiva, (BASTOS e ROCHA, 2003, p. 442):

Sua teoria, frequentemente designada ‘justiça com equidade’, espelha o contratualismo igualitário, concebido nos moldes liberais. Nesse contexto, a maximização da situação dos indivíduos que se encontram menos bem situados na pirâmide social revela-se meta imperiosa a ser implementada pelo Estado.

O princípio do *maximin* é, pois, fundamental para o pensamento jurídico-filosófico rawlsiano porque conecta a atitude moral com relação à desigualdade à atitude racional com relação ao risco, obstaculizando o estabelecimento de uma sociedade meritocrática, respeitadas, contudo, as diferenças de talentos e

aptidões. Evoca, a regra, a moralidade Kantiana, quando presuppõe pautar-se, a maioria, pelo ético e pelo correto.

A professora Neiva Afonso Oliveira (2000, pp. 141/142) descreve que “Rawls refere-se à equidade de dois modos distintos, a saber: como situação inicial hipotética de igual ignorância e como igualdade de oportunidades”, esclarecendo que:

“No primeiro caso, como condição da escolha dos princípios de justiça que fundamentarão o pacto, equidade refere-se à suposição hipotética de desconhecimento por parte de todos dos fatores que poderiam inclinar cada indivíduo a escolher como princípio aquilo que pudesse vir a beneficiá-lo em sua posição específica. Trata-se do ‘véu da ignorância’, aceito pelos indivíduos na ‘posição original’

No segundo caso, no andamento cotidiano da sociedade real, equidade refere-se à oportunidade igual oferecida não a todos, mas aos igualmente dotados. Trata-se agora de providenciar as mesmas oportunidades de conquistar postos, cargos e bens àqueles a quem a natureza premiou com capacidades semelhantes.”

Veja-se, igualmente, que a teoria de Rawls não pretende a correção dos resultados pela mera redistribuição de bens e posições em condições de uma igualdade equânime ou aritmética (noção de finalismo), mas sim pretende promover – sem a eliminação das diferenças – uma maior cooperação social através da redistribuição das vantagens em favor dos grupos carentes, marginalizados e/ou excluídos, através da busca de melhores condições a fim de que possam se desenvolver e competir em melhores condições (noção de procedimentalismo).

Posto isso, não é difícil perceber que a teoria de Rawls é capaz de promover uma justificação racional para a tomada de ações afirmativas e intervenções estatais positivas que têm objetivo de tentar equalizar os pontos de partida e redistribuir excessos.

A distribuição desigual dos bens e a compensação dos desfavorecidos e excluídos através do princípio da diferença e da regra *maximin* se aplica nas questões de distribuição de riquezas e taxação de rendimentos – por exemplo, a progressividade tributária – e nos critérios de seleção e competitividade para se alcançar posições de autoridade. Acerca da influência do pensamento de John Rawls nas

políticas públicas e ações afirmativas:

Um sistema justo só o será se aqueles que estão em condições menos favoráveis na sociedade, tiverem iguais condições de oportunidade em relação aos demais membros, de acessarem os diferentes cargos e posições a serem ocupados pelos indivíduos. Sem dúvida, o tão em voga sistema de cotas nas universidades e nos cargos públicos, deriva diretamente desta concepção principiológica de sociedade justa estabelecida por Rawls. (LIMA, 2000, p. 237).

Expostas sucintamente as premissas do pensamento de John Rawls, passa-se a elencar posicionamentos recentes no âmbito do processo eleitoral brasileiro que dizem respeito às ações afirmativas em benefício das candidaturas de mulheres e negros, com claro paralelo na teoria de John Rawls.

3 REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS DO FUNDO ELEITORAL EM BENEFÍCIO DAS CANDIDATURAS DE MULHERES E NEGROS: EM BUSCA DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES NA COMPETIÇÃO ELEITORAL

De início, convém rememorar que até o final de 2015 era permitido o financiamento de campanhas através de doações privadas promovidas por pessoas jurídicas.

À época, em meio ao conturbado processo de impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff e das manchetes da “operação lava jato” que ilustravam escândalos de corrupção envolvendo grandes empresas doadoras de campanha, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI nº 4.650, que decidiu por proibir as doações de campanha realizadas por pessoas jurídicas.

O Ministro Luiz Fux, relator do caso, descreveu “um quadro absolutamente caótico, em que o poder econômico captura de maneira ilícita o poder político.”. Por sua vez, o voto da Ministra Carmem Lúcia elenca que a influência das doações por empresas priva-

das “desigualdade não apenas os candidatos, mas desigualdade até dentro dos partidos. Aquele que detém maior soma de recursos é aquele que tem melhores contatos com empresas e representa esses interesses, e não o interesse de todo o povo, que seria o interesse legítimo”.

Em síntese, diante da proibição das doações empresariais – com o intuito de neutralizar a influência do poder econômico no processo eleitoral –, restaram as doações de pessoas físicas para o financiamento privado de campanhas, com limitações. Daí adveio o problema acerca da fonte de recursos para o financiamento das campanhas eleitorais para que o processo eleitoral cumpra com a sua missão (escolha dos representantes de uma sociedade pluralista para exercício do mandato em concretização da soberania popular).

Nesse contexto, foi editada a Lei nº 13.487/17 que criou o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), o chamado “fundo eleitoral”. Trata-se de um fundo público destinado ao financiamento das campanhas eleitorais, cujos recursos provêm do Tesouro Nacional e são distribuídos aos partidos políticos, para que estes possam financiar as campanhas eleitorais de seus candidatos. A quantia que será repassada ao fundo é definida pelo Congresso Nacional no ano anterior, pela votação da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

A distribuição desse montante do fundo eleitoral é feita proporcionalmente entre os partidos, conforme os critérios estabelecidos na legislação, sobretudo na Lei nº 9.504/97, de modo semelhante ao que acontece com a distribuição do fundo partidário. Em rude síntese, a distribuição segue o critério de quantidade de representantes por partido no parlamento.

Pois bem. Em 2017, quando da criação do fundo eleitoral, os partidos podiam escolher sobre a destinação dos recursos recebidos segundo sua própria conveniência. Como consequência, as desigualdades se perpetuavam dentro dos partidos.

Até que, em julgamento realizado em 2018, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI nº 5.617 que impugnava dispositivos da Lei nº 13.165/15 (“minirreforma política”). Restou decidido, por maioria de votos, que a distribuição interna dos recursos do fundo eleitoral deveria equivaler à mesma proporção de candidatos de ambos os sexos.

Dessa maneira, se, por exemplo, 50% (cinquenta por cento)

A distribuição de recursos do fundo eleitoral em benefício das candidaturas de mulheres e negros

dos candidatos forem do sexo feminino, necessariamente 50% (cinquenta por cento) do fundo eleitoral será destinado às candidaturas femininas. Na medida em que já existia a regra de que pelo menos 30% (trinta por cento) das candidaturas devem ser de pessoas do sexo feminino (a chamada “cota partidária” prevista no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997), conclui-se que o fundo eleitoral será destinado em no mínimo 30% (trinta por cento) para as candidaturas femininas, podendo ir além, caso o número de candidatas mulheres seja maior que este percentual.

No citado julgamento, o voto do Relator Ministro Edson Fachin expõe a premissa de que, no Brasil, “52,5% do eleitorado é composto por mulheres, percentual que se confrontado com o número de registro de candidaturas femininas, evidenciam a desproporcionalidade entre o número de mulheres candidatas e o número de mulheres aptas a votar”.

O Relator ainda expõe que “a lentidão com que o número de mulheres na política tem crescido demonstra a necessidade de adoção de métodos mais eficientes para o problema da sub-representação das mulheres”. Conclui que “a igualdade entre homens e mulheres exige não apenas que as mulheres tenham garantidas iguais oportunidades, mas também que sejam elas empoderadas por um ambiente que as permita alcançar a igualdade de resultado”.

Acompanhando o voto do Relator, o Ministro Luiz Fux corroborou: “O Professor Michael Sandel afirma que as ações afirmativas se justificam, principalmente, pela compensação de erros do passado e a promoção da diversidade. É exatamente isso que se verifica.”.

No ano seguinte, em 2019, a deputada federal Benedita da Silva (PT) formulou consulta ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) questionando, dentre outras questões, a aplicação de quota de distribuição mínima para candidatos negros, a semelhança do que foi decidido em favor das candidaturas femininas.

O TSE decidiu (CTA nº 0600306-47), sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, que, da mesma maneira como acontece para as mulheres, a distribuição dos recursos do fundo eleitoral e do tempo de rádio e TV devem ser destinadas conforme a exata proporção do quantitativo de candidaturas de pessoas negras. Vale ressaltar que o pedido requisitando que houvesse a reserva de vagas para

candidatos negros foi negado (assim como no caso das mulheres).

Para fundamentar a posição do TSE, o Ministro Relator citou números das eleições pretéritas para a Câmara dos Deputados, em que “as candidaturas de mulheres negras representavam 12,9% de candidatos, mas o investimento ficou em apenas 6,7% dos recursos. Os homens negros receberam 16,6% dos recursos, mas representavam 26% das candidaturas”.

O Ministro Relator Luís Roberto Barroso, adotando o fundamento de que “há, sob o prisma da efetivação de uma justiça corretiva e redistributiva, um dever de integração dos negros em espaços de poder”, afirmou que “mais do que um problema individual, o racismo está inserido nas estruturas políticas, sociais e econômicas e no funcionamento das instituições, o que permite a reprodução e perpetuação da desigualdade de oportunidades da população negra.”

Na prática, diante da posição firmada pelo TSE, primeiro é contabilizada a proporção de candidatos de ambos os sexos dentro de um partido e, a partir daí, é aferido o quantitativo de pessoas negras dentro de cada grupo. O direcionamento dos recursos deve respeitar a proporção identificada, a fim de que não haja a destinação livre dos recursos. Trata-se, portanto, de uma limitação na autonomia dos partidos, em benefício das candidaturas de mulheres e negros, a pretexto de corrigir desigualdades de oportunidade.

Conforme decisão do TSE (2019), a medida somente entraria em vigor para as eleições de 2022, porém, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) acionou o STF para que as regras já passassem a valer de imediato para as eleições de 2020, o que foi acolhido pela Suprema Corte. Como consequência, as regras já foram aplicadas nas eleições de 2020.

Conforme voto do Relator Ministro Ricardo Lewandowski (ADPF nº 738), o entendimento do TSE “não implica qualquer alteração das ‘regras do jogo’ em vigor. Na verdade, a Corte Eleitoral somente determinou que os partidos políticos procedam a uma distribuição mais igualitária e equitativa dos recursos públicos que lhe são endereçados”.

Para justificar suas razões, o Ministro Relator reescreveu os fundamentos por ele exarados no julgamento da ADPF nº 186 realizado em 2012, sob a sua relatoria, em que se questionava a constitucionalidade da reserva de vagas para negros nas universidades.

Citando John Rawls, o Ministro Ricardo Lewandowski descreveu a respeito da busca da “justiça distributiva”:

É bem de ver, contudo, que esse desiderato, qual seja, a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, apenas é alcançado, segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada “justiça distributiva”.

Só ela permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo.

Por fim, o Congresso Nacional promulgou, em 28 de setembro de 2021, a Emenda Constitucional nº 111, que trouxe mudanças nas regras eleitorais, dentre as quais, a de que os votos dados a candidatas mulheres e negros serão contados em dobro para efeito da distribuição dos recursos do fundo partidário e do fundo eleitoral (FEFC) nas eleições de 2022 a 2030. A medida tem como plano de fundo a ideia de correção das desigualdades em favor de grupos historicamente marginalizados ou excluídos (mulheres e negros).

4 A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO DE JOHN RAWLS NA FORMULAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO PROCESSO ELEITORAL BRASILEIRO

Já era possível extrair no sistema eleitoral brasileiro insculpido pela Carta Magna de 1988 algumas manifestações acerca do princípio da igualdade de oportunidades. O art. 14, § 9º, da Constituição Federal cita a proteção da “normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico”. A nível infraconstitucional, a Lei nº 9.504/97 fixa no art. 73 a proibição de condutas para agentes públicos, sob a motivação de que estas seriam “tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”.

Para além disso, as mencionadas alterações formuladas nos

últimos anos visando garantir o financiamento das candidaturas de mulheres e pessoas negras – limitando a discricionariedade dos partidos na destinação dos recursos do fundo eleitoral – se tratam de ação afirmativas tomadas, em maioria, pelo Poder Judiciário, visando a concretização do princípio material da igualdade ou, numa perspectiva rawlseana, da equidade (justiça distributiva). Conforme descrito na ementa do julgamento da histórica ADPF nº 186 pelo STF (reserva de vagas para negros nas universidades), sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski:

Não contraria – ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

Tratam-se, pois, de aplicações concretas da inteligência do princípio da diferença de John Rawls. Em sua obra “Justiça como equidade”, Rawls (2003, p. 212) enumera como medidas tendentes a efetivar o valor das liberdades políticas “o uso de fundos públicos para eleições e restrições às contribuições de campanha” e a “garantia de um acesso equitativo aos meios de comunicação”. Ou seja, medidas tomadas nos últimos anos no âmbito do processo eleitoral brasileiro, com viés de aplicação de uma justiça distributiva. Sobre a influência do pensador norte americano na concepção das ações afirmativas (OLIVEIRA, M. R., 2013, p. 188):

É plenamente possível identificar no contexto das modernas democracias eleitorais, a noção de que a disputa dos cargos de governo deve se travar num contexto de rigorosa igualdade, e que tal se dá quando se assegura, de modo equitativo, aos contendores, a igualdade de oportunidades, com clara inspiração nas linhas fundantes da teoria da justiça como equidade de John Rawls.

No caso, as mulheres e pessoas negras são considerados como grupos menos favorecidos da sociedade, sendo assim, a pró-

pria coletividade consegue delinear regras que visam maximizar os seus benefícios. Assim, “os termos do acordo, conseqüentemente, devem preceituar normas justas e equitativas que redundem em vantagens para todos, garantindo-se aos menos favorecidos acesso a bens e recursos a que fariam jus num sistema carente de hierarquia.” (BASTOS e ROCHA, 2003, p. 442)

A aplicação da equidade na teoria de justiça de John Rawls é perfeitamente aplicável no campo eleitoral. Cuida-se de melhoria do sistema de seleção visando amenizar as dificuldades para a realização da democracia no país, diante de uma sociedade marcada por problemas socioeconômicos e desigualdades sociais. O gênero feminino emerge como grupo historicamente excluído das decisões de poder, assim como acontece com as pessoas negras. Neste último caso, ainda há a chaga social do racismo estrutural presente na sociedade, o que reclama a aplicação de ações afirmativas. Nesse sentido (OLIVEIRA, M. R., 2013, pp. 188/189):

A igualdade de oportunidades nas competições eleitorais, mais do que um regime que privilegie as liberdades políticas, cobra uma forte interferência estatal, em especial dos organismos eleitorais. Não se trata apenas da não discriminação entre as opções políticas que se apresentam, postulado nitidamente de matriz liberal, mas sim e especialmente de uma intervenção estatal nas disputas para assegurar a equidade.

É interessante notar que todas as medidas de financiamento de campanhas mencionadas no tópico anterior buscam uma justiça procedimental, agindo na competição e não no resultado. Em outras palavras, os incentivos se dão na tentativa de uma busca por igualdade nos pontos de partida, sem que haja a mera reserva de vagas para mulheres e negros. Diante das expectativas legítimas postas em jogo, firmadas consensualmente por indivíduos (sob a premissa do véu da ignorância), aceita-se o resultado. É notório o paralelo com as ideias de equidade em John Rawls.

Michael Sandel (2011, p. 195) descreve quatro diferentes teorias de justiça distributiva: (i) sistema feudal ou de castas, em que a hierarquia é estabelecida em função do nascimento; (ii) libertária, baseada no livre mercado com igualdade de oportunidades; (iii) meritocrática, baseada no livre mercado com igualdade de

oportunidades justa; e (iv) igualitária, baseada no princípio da diferença de John Rawls. As três primeiras teorias encontram objeções do ponto de vista moral (“seja por nascimento, seja por um melhor posicionamento social e econômico, seja por aptidões e habilidades naturais”), o que não ocorre na teoria de Rawls.

5 CONCLUSÃO

O pensamento de John Rawls está bastante presente na formulação de políticas públicas e delineamento de ações afirmativas. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a título de exemplo, podemos citar as referências explícitas nos julgamentos da ADPF nº 186 (cotas raciais nas universidades), que menciona a teoria da diferença de Rawls; no Mandado de Injunção nº 6.825 (eutanásia), que menciona a ideia de “consenso sobreposto” em Rawls; na ADPF nº 457 (proibição de divulgação de material com ideologia de gênero nas universidades), que menciona a obra “Liberalismo Político” de Rawls acerca da cultura plural da sociedade; e na Reclamação nº 33.782 (proibição de divulgação de conteúdo audiovisual com sátiras ao cristianismo), que menciona a ideia de liberdade de expressão em Rawls.

Trabalhando a ideia do teórico italiano Giuseppe Lumia, o professor Geovany C. Jeveaux (2018, p. 123) explica acerca da necessidade de justificação, por meio de argumentos verossímeis, acerca da aplicação das teorias de distribuição para se promover a busca de uma sociedade justa. A forte justificação teórica de tais regras, baseadas em noções de teoria da justiça, é necessária porque tais questões se diferenciam do método puramente científico e, além disso, trazem a desconfiança por se aproximarem de escolhas ideológicas.

O problema da escolha ideológica do critério de justiça é que a ideologia precisa primeiro se desvincular de sua visão pejorativa, de mascaramento da realidade, porque se a escolha for feita nessa perspectiva ela estará para sempre marcada pela desconfiança. Se, ao contrário, a ideologia for concebida como um sistema de ideias, opiniões e crenças compartilhadas pelos membros de uma sociedade, sem a predeterminação de fins a atingir, a escolha pode ser feita de modo mais consensual.

A distribuição de recursos do fundo eleitoral em benefício das candidaturas de mulheres e negros

Porém, diferentemente do discurso científico, que ostenta uma função meramente descritivo-informativa da aproximação entre sujeito e objeto e pode ser controlado por relações causais verificáveis empiricamente, no discurso ideológico, que desempenha função valorativo-prescritiva acerca das condutas e escolhas humanas, aquele controle não existe. Com isso, sua aceitação depende da demonstração discursiva das razões das escolhas, por meio de argumentos verossímeis.”

Podemos dizer, em linhas gerais, que a teoria da justiça como equidade em John Rawls, longe de ser imune de críticas, fornece um substrato racional convincente acerca da aplicação das regras de organização da sociedade, com soluções equânimes e, dentro do possível, neutras do ponto de vista moral. Nas palavras de John Rawls (2000, p. 122):

A distribuição natural não é justa nem injusta; tampouco é injusto que as pessoas nasçam em uma determinada posição na sociedade. Esses fatos são simplesmente naturais. O que é justo ou injusto é a maneira como as instituições lidam com esses fatos.

Exsurge, portanto, a importância da discussão acerca dos princípios de teoria da justiça, cujas bases teóricas são capazes de influenciar profundamente a formulação das regras de uma sociedade, tal como vem acontecendo com as mencionadas ações afirmativas e equitativas no âmbito do processo eleitoral, sob a influência da teoria da equidade de John Rawls. A capacidade de ser eleito em justas condições de competição, aliás, guarda em si especial importância, pela possibilidade de assunção de posições de autoridade que refletirão na formulação das futuras regras que acarretarão novos impactos em toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Romeu Costa Ribeiro; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *A Ética jurídica de John Rawls e o princípio maximin: uma reflexão sobre o estado constitucional moderno e a teoria da decisão*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, n. 2, jul/dez 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal Anotada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito e ideologia*. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

LIMA, Marcelo Machado Costa. John Rawls e os princípios de justiça: algumas aproximações conceituais para o jurista contemporâneo. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 75, jan.-mar. 2020.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. A igualdade de oportunidades nas competições eleitorais. *Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 175-189, 2013.

OLIVEIRA, Neiva Afonso. *Rousseau e Rawls: contrato em duas vias*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

RAWLS John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes; 2000.

_____. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RICOEUR, Paul. *O justo*. V. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

TSE. Tribunal Superior Eleitoral. *CTA 0600306-47*, Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 25/08/2020. Data de Publicação: DJe 25/08/2020.

**A distribuição de recursos do fundo eleitoral em benefício
das candidaturas de mulheres e negros**

STF. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 186/DF*, Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 26/04/2012. Data de Publicação: DJe 20/10/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 738/DF*, Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 05/10/2020. Data de Publicação: DJe 29/10/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.650/DF*, Relator: Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 17/09/2015. Data de Publicação: DJe 24/02/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5.617/DF*, Relator: Min. Edson Fachin. Data de Julgamento: 15/03/2018. Data de Publicação: DJe 03/10/2018.

Justiça social (ou distributiva) e o imposto sobre grandes fortunas: a visão libertária de Robert Nozick

Gabriela Galimberti de Souza Pimenta

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a Teoria de Justiça social (ou distributiva) que consubstanciou a inclusão da previsão constitucional de imposto sobre grandes fortunas, procedendo ao confronto desse ideal com a Teoria da Justiça em propriedade desenvolvida por Robert Nozick. Diante da inexistência, até o presente, de promulgação de lei complementar que regulamente o imposto, lançar-se-á mão de alguns projetos de lei complementar apresentados pelo Congresso Nacional, mas que ainda não atingiram o patamar de dispositivo legal.

1 O IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS

A Constituição Federal brasileira de 1988 dispõe em seu artigo 153 que compete à União instituir imposto sobre grandes fortunas, nos termos de lei complementar. Portanto, trata-se de norma de eficácia limitada, ou aplicabilidade diferida, posto que necessita da promulgação de uma norma integrativa infraconstitucional para produzir efeitos de maneira ampla, o que não ocorreu até a presente data.

Há, contudo, alguns projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional que tratam do tema, a exemplo do Projeto de Lei Complementar (PLC) nº 162/89, do Senador Fernando Henrique Cardoso,

atual nº 202/89, ao qual foram apensados os Projetos nº 108/89, do Deputado Juarez Marques Batista, nº 208/89, do Deputado Antônio Mariz, e nº 268/90, do Deputado Ivo Cersósimo, bem como do PLC nº 534/2011, do Senador Antonio Carlos Valadares (PSB/SE), os quais serão utilizados neste trabalho.

Sobre o fato gerador do tributo, o PLC nº 534/2011 dispõe o seguinte: “O imposto tem por fato gerador a titularidade, em 31 de dezembro de cada ano civil, do patrimônio definido no art. 4º, em valor superior a R\$2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais)” (BRASIL, 2011).

De maneira semelhante, o PLC nº 162/89 estabelece como fato gerador “a titularidade, em 1º de janeiro de cada ano, de fortuna em valor superior a NCZ\$2.000.000,00, expressos em moeda de poder aquisitivo de 1-2-89” (BRASIL, 1989).

Por sua vez, o PLC nº 108/89 estabelece como sendo fortuna a soma dos bens e direitos de uma pessoa física e seus dependentes legais que ultrapassem 2.999.999 Bônus do Tesouro Nacional (BTN) (BRASIL, 1989), enquanto o PLC nº 208/89 caracteriza as grandes fortunas como os patrimônios líquidos de valor superior a 5.000 vezes o limite mensal de isenção do imposto de renda da pessoa física, vigorante no mês de janeiro do exercício de incidência (BRASIL, 1989).

Ao examinar os Projetos, o Consultor Legislativo do Senado Federal Olavo Nery Corsatto apontou que

Guardadas as variações de projeto a projeto, verifica-se que, em linhas gerais, grande fortuna – fato gerador do imposto – seria o patrimônio da pessoa física, apurado anualmente, cujo valor ultrapassasse determinado limite. Sua apuração quase sempre obedeceria a mecanismo, previsto em cada projeto, de acréscimos e deduções. Tal patrimônio seria constituído, portanto, de bens, móveis e imóveis, físicos e financeiros, e direitos do contribuinte (CORSATTO, 2000, pp. 94-95).

Dessa forma, o fato gerador do imposto sobre grandes fortunas seria simplesmente a existência de patrimônio da pessoa física no momento da tributação, independentemente de como esse patrimônio fora adquirido. A taxaço levaria em conta, portanto, apenas a situação corrente do patrimônio, desconsiderando qualquer caráter histórico no tocante a como se deu sua acumulação.

Nota-se, então, que os projetos examinados estão inseridos em um contexto de justiça social distributiva, posto que possuem claramente a finalidade de criar um mecanismo de distribuição de renda, tributando patrimônios correntes considerados elevados para, em seguida, redistribuí-los por meio da atuação do Estado.

Nesse tocante, o presente trabalho buscará confrontar o instrumento do imposto sobre grandes fortunas, conjuntamente com as regulamentações propostas, em face da Teoria da Justiça em propriedade proposta pelo Professor Robert Nozick em sua obra *Anarquia, Estado e Utopia* (NOZICK, 1991).

2 A TEORIA DE JUSTIÇA DE ROBERT NOZICK

Filósofo norte-americano e professor da Universidade de Harvard, Robert Nozick lançou em 1974 sua obra *Anarquia, Estado e Utopia* em resposta à *Uma Teoria da Justiça* de John Rawls (1971). Defensor do conceito de Estado mínimo, Nozick contestou as teses políticas sociais liberais, socialistas e conservadoras da época. Sua análise inovadora em matéria de filosofia política lhe rendeu o prêmio *National Book Award* em 1975.

Em sua obra, o Autor busca refutar a Teoria de Justiça distributiva de Rawls. Nesse contexto, Nozick critica o uso da expressão “justiça distributiva” que, para ele, não seria neutra, pois dependeria sempre da pressuposição de que a situação corrente de distribuição de propriedades teria resultado de algum erro ou injustiça e, portanto, necessitaria de correção.

Segundo o Autor, em uma sociedade livre, qualquer padrão distributivo de resultado definido enquanto paradigma para definição de uma Teoria de Justiça distributiva estaria fadado ao fracasso, pois as desigualdades surgiriam naturalmente da própria livre iniciativa dos indivíduos de disporem de suas propriedades.

Dessa forma, para ser posta em prática, qualquer Teoria de Justiça distributiva necessitaria de mecanismos que permitissem que uma autoridade central (personalizada na figura do Estado) controlasse todos os recursos e decidisse como eles deveriam ser repartidos, reduzindo sobremaneira ou eliminando a liberdade dos indivíduos.

Nesse tópico, conclui o Autor que “nenhum princípio de

estado final ou distributivo padronizado de justiça pode ser continuamente implementado sem interferência contínua na vida das pessoas” (NOZICK, 1991, p. 183).

Nozick enfatiza, portanto, que uma Teoria da Justiça que defenda a liberdade não pode dispor de um padrão distributivo de resultado, não sendo possível falar, então, em “justiça distributiva”, mas sim em “justiça em propriedade”.

Segundo o Autor, a justiça em propriedade decorreria da observância aos seguintes requisitos: (1) justiça na aquisição inicial das propriedades (aquisição de coisas não possuídas); (2) justiça na transferência de propriedades (de uma pessoa a outra); e (3) justiça na reparação da injustiça (quando ocorre violação aos princípios anteriores).

Dessa forma, o mundo justo seria regulado pelas seguintes máximas (NOZICK, 1991, p. 172): (a) a pessoa que adquire uma propriedade de acordo com o princípio de justiça na aquisição tem direito a essa propriedade; (b) a pessoa que adquire uma propriedade de acordo com o princípio de justiça em transferências, de alguém mais com direito à propriedade, tem direito à propriedade; e (c) ninguém tem direito a uma propriedade exceto por aplicações (repetidas) de “a” e “b”.

Assim, a justiça em propriedade estaria atrelada à observância à justiça nas transferências. A primeira “transferência” legítima se daria com a aquisição da coisa não possuída. A partir daí, o que quer que surgisse de uma situação justa, através de etapas justas (meios legítimos de transferência), seria em si justo (NOZICK, 1991, p. 172).

Uma vez que os meios de troca especificados pelo princípio de justiça nas transferências preservariam a justiça de qualquer situação que decorresse de transições repetidas, é possível caracterizar a Teoria de Justiça do Autor como sendo uma teoria procedimentalista, que não leva em conta o resultado final do processo para definir se ele é justo ou não. Para ele, a redistribuição de propriedades só teria lugar quando houvesse violação de direitos das pessoas (violação à justiça na aquisição inicial ou à justiça na transferência das propriedades).

2.1 O caráter histórico da propriedade

Ao discorrer sobre a justiça em propriedade, Nozick aduz que a justiça na distribuição deve ser histórica, uma vez que depende de como a distribuição ocorreu, e não da maneira como as coisas restaram distribuídas.

Por essa razão, o Autor rejeita qualquer Teoria de Justiça de repartição corrente e os demais princípios de resultado final (ou de estado final), que são a-históricos, como se vê na passagem abaixo:

Do ponto de vista histórico da concepção de justiça que confere direitos à propriedade, aqueles que começam tudo de novo para completar a frase ‘a cada um segundo suas _____’ tratam objetos como se não viessem de algum lugar, como se saíssem do nada (NOZICK, 1991, p. 180).

Afinal, enquanto os princípios a-históricos ignoram informações das matrizes passadas (históricas) que deram causa ao estado corrente de distribuição das propriedades, os princípios históricos sustentam que circunstâncias ou ações passadas podem legitimamente criar direitos ou merecimentos diferenciais às coisas. E esse resultado diverso na distribuição corrente das propriedades não significa injustiça social, ou injustiça distributiva.

2.2. O problema dos padrões de resultado final

Nozick afirma que quase todos os princípios sugeridos de justiça distributiva são padronizados, seja pelo mérito moral, pelas necessidades, pelos esforços, ou a soma combinada desses fatores. Afinal, para que seja possível caracterizar o estado corrente de distribuição das propriedades como justo ou injusto, adotando-se princípios a-históricos, é necessário estabelecer padrões de resultado final que serão usados enquanto parâmetros comparativos para tal exame e julgamento.

Para o Autor, esses padrões não possuem uma dimensão natural. Apesar de ser possível identificar os princípios que regem o procedimento mediante o qual o conjunto de propriedades é gerado, o resultado desse processo, contudo, não obedece livre e espontaneamente a nenhum padrão.

Portanto, uma vez que a liberdade dos indivíduos resulta

sempre na perturbação dos padrões de resultado pretendidos, Nozick conclui que “nenhum princípio de estado final ou distributivo padronizado de justiça pode ser continuamente implementado sem interferência contínua na vida das pessoas” (NOZICK, 1991, p. 183).

3 O IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS SOB A ÓTICA DA TEORIA DA JUSTIÇA EM PROPRIEDADE: UMA PRIMEIRA CONCLUSÃO

Adotando-se a Teoria de Justiça em propriedade de Nozick como premissa, tornar-se-ia injustificável que uma autoridade central (Estado) atuasse visando alcançar justiça social por meio de tributação de propriedades e sua redistribuição, tomando em consideração tão somente o estado corrente das coisas e ignorando, portanto, as circunstâncias passadas que resultaram na distribuição corrente.

Tal atuação violaria as próprias premissas procedimentais de justiça da aquisição e na transmissão propostas pela Teoria de Nozick, penalizando injustamente aqueles indivíduos que, agindo em conformidade com os requisitos de justiça estabelecidos previamente, alcançassem um resultado final de acumulação de propriedades.

Dessa forma, o imposto sobre grandes fortunas, nos termos propostos nos projetos de lei complementar em trâmite no Congresso Nacional, configuraria uma ação injusta por parte do Estado.

Afinal, conforme demonstrado no primeiro tópico, os projetos de lei convergem no sentido de definir como fato gerador do tributo tão somente o estado corrente de propriedade dos indivíduos, avaliados de acordo com um pretenso padrão de resultado que penaliza os indivíduos que historicamente lograram êxito nos processos de aquisição e transferência de propriedades.

Nesse ínterim, as diferentes definições, entre os projetos de lei, dos valores que configurariam grandes fortunas – ou seja, dos padrões de resultado – demonstram que inexiste substrato universal para a delimitação de um padrão de resultado unanimemente aceito como justo.

O valor apontado pelo PLC nº 208/89 para caracterização de

grandes fortunas, por exemplo, equivale a 400% do valor delimitado pelo PLC nº 534/2011. Portanto, nota-se que os padrões delimitados pelo Congresso Nacional com a pretensão de universalidade não são unânimes nem mesmo entre eles, variando consideravelmente sem qualquer justificativa aparente.

Tal feita confirma a impossibilidade, segundo a Teoria de Justiça de Nozick, de estabelecer-se padrões de resultado cogentes sem que o Estado incorra em arbitrariedades. Daí decorre a lição do Autor, de que a adoção de qualquer Teoria de Justiça distributiva resulta inevitavelmente em violação, pela autoridade central, das liberdades individuais.

Portanto, conclui-se que a pretensão de realização de justiça social consubstanciada na tributação de propriedades correntes dos indivíduos, desconsiderando-se premissas históricas de justiça distributiva e aplicando-se padrões não naturais de resultado, não encontra respaldo na Teoria de Justiça em propriedade apresentada por Robert Nozick em sua obra *Anarquia, Estado e Utopia*.

Consoante esse entendimento, conclui este trabalho que, sob a ótica do Autor, é imprópria a pretensão do Estado brasileiro de realizar Justiça social por meio de tributação das propriedades correntes dos indivíduos, a exemplo do que se pretende por meio das regulamentações propostas ao imposto sobre grandes fortunas no ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 162, de 1989 (Complementar)*. Autoria: Senador Fernando Henrique Cardoso. Dispõe sobre a tributação de grandes fortunas, nos termos do artigo 153, inciso VII, da Constituição Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1487>>; acesso em 26 jun. 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei Complementar nº 108, de 1989*. Apensado ao PLP 202/1989. Autoria: Deputado Juarez Marques Batista. Institui o Imposto sobre Grandes Fortunas, de que trata o inciso VII, do art. 153 da Constituição e dá outras providências. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD26FEV1991>.

[pdf&npagina=12](#); acesso em 26 jun. 2018.


BRASIL. *Projeto de Lei Complementar n° 208, de 1989*. Apensado ao PLP 108/1989. Autoria: Deputado Antonio Mariz. Regulamenta o art. 153, inciso VII, da Constituição Federal, que dispõe sobre o imposto das grandes fortunas. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD12DEZ1989.pdf&npagina=102>; acesso em 26 jun. 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei Complementar n° 268, de 1990*. Apensado ao PLP 202/1989. Autoria: Deputado Ivo Cersosimo. Dispõe sobre instituição de imposto sobre grandes fortunas e determina outras providências. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD12DEZ1990.pdf&npagina=18>; acesso em 26 jun. 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n° 534, de 2011 (Complementar)*. Autoria: Senador Antonio Carlos Valadares. Regulamenta o inciso VII do art. 153 da Constituição Federal, para dispor sobre a tributação de grandes fortunas. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=612971&disposition=inline>. Acesso em 26 jun. 2018.

CORSATTO, Olavo Nery. *Brasília*: a. 37, n. 146, abr./jun., 2000, pp. 93-108. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/581/r146-06.pdf>; acesso em 26 jun. 2018.

NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

The background of the page is a faded, light-colored map. It features various geographical outlines and Latin text. At the top, there is a line of text that reads "Terra Sandorum". To the right, another line of text says "Mare et terra inop". The map appears to be a historical or thematic illustration related to the text above.

**Justiça social (ou distributiva) e o imposto sobre grandes fortunas:
a visão libertária de Robert Nozick**

Procedimentalismo argumentativo na solução de colisões entre direitos fundamentais com caráter de princípio: conexão entre a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da justiça de Robert Alexy

Geovany Cardoso Jeveaux

1 INTRODUÇÃO

O presente texto explora a conexão entre a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da justiça de Robert Alexy, no contexto do que Cláudia Toledo chama de pensamento como sistema daquele autor¹.

No livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*², Alexy apresentou uma teoria declaradamente egressa da tradição da jurisprudência dos conceitos, dogmática e de linguagem deontológica, na qual os direitos fundamentais são caracterizados como princípios, diante de seus fracos modais deonticos (em oposição às regras), que por isso mesmo enunciam a sua concretização na melhor medida possível (enquanto mandados de otimização), ou seja, a depender de certas circunstâncias fáticas (adequação e necessidade) e jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito) somente verificáveis em cada caso concreto.

Após “matematizar” (com a fórmula do peso) a solução da colisão entre direitos fundamentais com caráter de princípios, Alexy sofreu críticas de Habermas (e de Böckenförde) e as respondeu no texto *Epílogo à Teoria dos Direitos Fundamentais*³, no qual defendeu basicamente que a solução da colisão se dá no plano da ar-

1 TOLEDO, Cláudia. O pensamento de Robert Alexy como sistema: argumentação jurídica, direitos fundamentais, conceito e validade do direito. In: TOLEDO, Cláudia (org.). *O pensamento de Robert Alexy como sistema*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 29-47.

2 Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

3 *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 66, set/dez 2002.

gumentação, por meio do que chamou de relação triádica de peso. Trata-se de complemento à metáfora do peso explorada no livro, segundo a qual o maior peso relativo concreto de um princípio determina sua precedência ao outro em colisão, na comparação entre prós e contras da importância e do prejuízo da não satisfação de um princípio em relação ao outro.

Em outro texto, intitulado de Justiça como Correção⁴, Alexy apresentou sua teoria da justiça, valendo-se do conceito aristotélico de justiça corretiva e distributiva, com base no qual se almeja encontrar a conexão antes mencionada.

Para explorar tal objetivo, necessário antes analisar a teoria da justiça de Aristóteles, para saber se as definições de justiça corretiva e de justiça distributiva defendidas por Alexy são ou não adequadas a sua origem e em qual contexto elas foram adaptadas, para sua melhor compreensão.

2 JUSTIÇA EM ARISTÓTELES

No Livro V de *Ética a Nicômaco*, Aristóteles define justiça como “...aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo...”. A definição de justiça depende então de saber quais ações humanas são justas, conceito que se alcança por oposição ao que é injusto. E injustas são as ações humanas contrárias à lei (as leis são presumidas legítimas e por isso justas porque “...têm em mira a vantagem comum...”) ou praticadas com ganância, com improbidade e com maldade, ou seja, são todas aquelas contrárias ao bem do outro. Logo, justas são as ações boas “...em relação ao nosso próximo” ou aquelas que visam o bem alheio⁵.

A justiça então é uma virtude (a maior delas), mas enquanto a primeira revela uma ação boa em relação ao próximo, a segunda revela a disposição de caráter para assim agir, ou seja, não basta que se saiba quais ações são justas, sendo antes necessária a predisposição para agir desse modo, coisa que se adquire com a ética, ou seja, com os hábitos de uma vida virtuosa, única capaz de gerar a

4 Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 26, 2003.

5 *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

felicidade (*eudaimonia*).

A justiça legal⁶ tem caráter lato (1), dizendo respeito aos atos “...que tendem a produzir e a preservar, para a sociedade política, a felicidade e os elementos que a compõem”, havendo ainda uma justiça particular ou estrita (2), dividida em justiça distributiva (a), “...que se manifesta nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição...”, e em justiça corretiva (b), que se manifesta nas relações entre indivíduos, tanto em transações voluntárias (compra e venda, mútuo, depósito, locação) quanto em atos involuntários (clandestinos: furto, adultério, fraude; violentos: agressão, sequestro, homicídio).

Na espécie de justiça 2.a, o ponto intermediário (mesotes) entre as coisas a distribuir (comuns a todos da mesma comunidade política) e as pessoas potencialmente favorecidas é a equidade, que se manifesta nesses dois eixos (coisas e pessoas) com base na igualdade, que equaliza as coisas de acordo com um padrão (p.ex., entre coisas maiores e menores), e no justo, que relativiza as pessoas de acordo com o mérito. O mérito varia conforme o tipo de governo: p. ex., entre os democratas o critério meritório é a liberdade; entre os oligarcas é a riqueza; entre os aristocratas é a excelência. Por isso, “o justo é, pois, uma espécie de termo proporcional...”, do tipo geométrico ou não contínuo, “...pois não podemos obter um termo único que represente uma pessoa e uma coisa”.

Na espécie de justiça 2.b, o ponto intermediário é a proporção entre a perda e o ganho na transação ou no delito, ou melhor, “maior quantidade do bem e menor quantidade do mal representam ganho, e o contrário perda”. Trata-se de proporção aritmética: na transação, “consiste em ter uma quantidade igual antes e depois...” dela, conforme a equivalência subjetiva das prestações envolvidas em negócios voluntários; no delito, consiste em estabelecer uma equivalência entre o fato delituoso e a pena.

Quando a lei na justiça legal “[...] se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso ou sim-

⁶ A justiça legal é uma parte da justiça política e diz respeito a ações estabelecidas em cada sociedade como justas ou injustas por convenção ou conveniência, sendo portanto específica ou particular de determinado lugar. Outra parte da justiça política é a justiça natural, “[...] que tem a mesma força onde quer que seja [...] porque as coisas que são por natureza, são imutáveis e em toda parte têm a mesma força [...]”, sendo portanto universal.

plicidade, corrigir a omissão [...]”, providência que não se alcança pela medida ou o padrão de justiça corresponde às ações consideradas justas por força da convenção, mas por equidade, que funciona assim como “[...] uma correção da justiça legal”.

De acordo com Michael J. Sandel, a teoria da justiça de Aristóteles é (i) teleológica, no sentido de que a definição de direitos depende de saber qual é a finalidade (*télos*) da prática social em que eles serão atribuídos ou reconhecidos, e também (ii) honorífica, no sentido de que essa atribuição depende das virtudes a honrar e a recompensar, diferindo-se assim das teorias contemporâneas, que buscam princípios neutros de justiça com base nos quais as pessoas possam escolher seus próprios objetivos. Em outras palavras, em Aristóteles o critério de justiça (mérito) não é neutro, porque para além do fim ou propósito do bem a ser distribuído é necessário que o beneficiário possua “excelência relevante”, exemplificando essa combinação com o caso das flautas: se os bens a distribuir são flautas, elas devem ser atribuídas aos melhores flautistas, porque a excelência da música depende da excelência do músico. Se em Aristóteles a justiça é uma questão de adequação entre o fim das coisas a distribuir e as excelências das pessoas a recebê-las, para as teorias liberais da justiça, de Kant a Rawls, “atribuir direitos não é ajustar as pessoas a papéis adequados à sua natureza; é deixar que elas escolham sozinhas os próprios papéis”. No caso das instituições sociais e das práticas políticas esse raciocínio teleológico pode ser problemático nos dias de hoje, porque “atribuir por antecipação qualquer propósito ou finalidade à comunidade política seria privar o cidadão do direito de decidir por si mesmo”⁷.

Outrossim, a justiça distributiva por natureza é discriminatória, sendo então necessário saber quais discriminações são justas. Em Aristóteles, a comunidade política existe para honrar e recompensar a virtude cívica e o reconhecimento público dos merecedores tem papel pedagógico em uma boa cidade, cujas leis devem “... cultivar hábitos que façam de nós indivíduos de bom caráter”. Ao mesmo tempo, apenas em uma comunidade política podemos adquirir virtude moral, ou seja, capacidade de julgamento racional quanto a saber quais ações são justas (sabedoria prática ou racionalidade

⁷ *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 233-235, 239 e 248.

prática). Em resumo, “primeiramente, as leis da *pólis* incutem bons hábitos, formam o bom caráter e nos colocam no caminho da virtude cívica. Em segundo lugar, a vida do cidadão nos permite exercitar capacidades de deliberação e sabedoria prática que, de outra forma, ficariam adormecidas”⁸.

Para Alasdair MacIntyre, a justiça aristotélica é um tipo de virtude holística e política, e não particular e individual (como se atribui a Platão), sendo também realista (oposta à utopia platônica). Holística, porque o conhecimento científico (*epistémé*) somente pode ser obtido partindo-se do individual para o universal (*epagogé*), estando o homem representado como uma parte do todo que é a *pólis*; política, porque a justiça (*dikaiosyne*) é uma norma de ordenação da *pólis* (*diké*) e somente nesta última as virtudes de caráter (*areté*) podem ser desenvolvidas, necessariamente ao lado da inteligência prática (*phrónesis*); realista, porque apenas em *póleis* concretas é possível testar os princípios da ação que opõem o justo e o injusto para encontrar a essência ou princípio único (*arché*) por meio de um método de compreensão dialético (*noús*)⁹.

Em outro capítulo, destinado a analisar especificamente a visão de Aristóteles sobre a justiça, MacIntyre explica que a melhor *pólis* possui uma estrutura ocupacional hierárquica, excludente de certos papéis sociais (como os artistas, os mercadores, os camponeses, as mulheres e os escravos), nos quais são desenvolvidas apenas em parte as virtudes do bom cidadão, e inclusiva do cidadão maduro, que adquire pela experiência em vários papéis propriamente políticos (governado e governante) as virtudes que o tornam merecedor das honras a distribuir. Assim, o princípio da justa distribuição implica no princípio do merecimento, sendo necessárias duas condições: (i) projeto comum em que as contribuições para o resultado possam ser comparadas; (ii) visão comum sobre a medida dessas contribuições e sobre a classificação das recompensas¹⁰.

Para além da virtude cívica, contudo, há uma virtude individual que transcende a felicidade política, tipicamente humana: a *theoria*, que é uma compreensão contemplativa ou uma realização intelectual interna, mais elevada do que a experiência cívica pode

8 Op. cit., pp. 237-247.

9 *Justiça de Quem? Qual Racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991, pp. 103-105 e 110-112.

10 Op. cit., pp. 118-121 e 124.

proporcionar. Para exemplificar a diferença entre essas virtudes, MacIntyre opõe os protagonistas dos bens de excelência (visam ao ótimo ou ao nobre) aos protagonistas dos bens de eficácia (visam ao oportuno ou ao prazeroso): os últimos são aqueles que calculam racionalmente os meios menos custosos a empregar para alcançar o fim desejado; os primeiros, ao contrário, são aqueles para quem as ações racionais são fins em si mesmas, ou seja, não são focadas no meio, mas no *lógos*. É esse tipo de virtude que Aristóteles valoriza no conceito de justiça, porque o padrão de ação correta na *pólis* é aquele em que a ação é justa por si mesma, ou seja, “...ser justo é considerado uma condição para se alcançar qualquer bem e implica preocupar-se com e valorizar ser justo, mesmo se não levasse a nenhum outro bem”¹¹.

A aquisição daquele tipo de virtude superior ocorre com o desenvolvimento dialético da justiça (*dikaio syne* ou concepção do que é bom) e da inteligência prática (*phrónesis* ou hábito de julgar e de agir corretamente). A soma das duas corresponde ao raciocínio prático, pelo qual as ações não são pré-orientadas e, por isso, são justas por si mesmas¹².

3 A TEORIA DA JUSTIÇA DE ROBERT ALEXY

De acordo com Alexy, a justiça corresponde sempre a questões de distribuição e de compensação/correção, que se comunicam reciprocamente e condicionam a própria moral contida no conceito de justo/injusto. Enquanto o modelo distributivo diz respeito à relação entre os sujeitos envolvidos (quem distribui e quem recebe), o modelo comutativo diz respeito às relações entre objetos (o que se compensa), mas ambos têm um problema atávico: a ausência de critérios racionais de justificação do discurso da distribuição e da compensação. Sua teoria da justiça se propõe então a corrigir argumentativamente a distribuição e a compensação, sendo assim uma teoria discursiva da justiça¹³.

Enquanto tal, a teoria tem caráter normativo, já que tem por

11 Idem, pp. 122-127.

12 Idem, pp. 130-134.

13 Justicia como Corrección. *Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 26, 2003, pp. 161-163.

objeto normas de distribuição e de compensação, do mesmo modo que outras teorias normativas da justiça. Porém, somente ela pode dar resposta satisfatória ao dilema do extremismo entre as teorias subjetivas (emotivas/relativistas/decisionistas) e objetivas (racionalistas, absolutistas, cognoscitivas), porque não considera nem que juízos de justiça são simples tomadas de posição (decisões) e tampouco que são simples juízos de fato, devendo antes ser problematizados argumentativamente. Outrossim, uma teoria assim construída não pressupõe que juízos de justiça devam necessariamente corresponder a valores morais para que sejam verdadeiros¹⁴.

Isso porque, para ele, a teoria discursiva da justiça é uma teoria processual de correção de normas de justiça, baseada em um procedimento discursivo prático racional, o que significa dizer que é um procedimento argumentativo, e não decisional, que pressupõe que (i) a justiça admite argumentação racional e (ii) deve ter por objeto os interesses e necessidades dos envolvidos em questões de justiça, conforme sua tradição e cultura. Por esse motivo, Alexy a difere das teorias procedimentalistas de matriz hobbesiana, porque elas buscam maximizar a utilidade mediante a negociação e a decisão, e não os argumentos corretos¹⁵.

Referido discurso prático racional está sujeito às seguintes condições: 1) genéricas: não contradição, universalidade, clareza linguística e conceitual, verdade empírica, atenção às implicações e ponderação; 2) regras do discurso: a) os interessados são os sujeitos do discurso; b) todos os sujeitos do discurso podem: b.1) problematizar qualquer questão; b.2) introduzir qualquer questão para debate (regra de imissão, pela qual os participantes podem introduzir suas próprias concepções de justiça); b.3) expressar suas opiniões, desejos e necessidades; c) nenhum interessado pode se impedido de participar do discurso e tampouco coagido a dele participar caso não queira¹⁶.

Nas regras do discurso estão os elementos principais da teoria discursiva da justiça, porque protegem tanto a liberdade e a igualdade dos participantes quanto a neutralidade e a objetividade dos argumentos (que devem se sujeitar à prova, ou seja, à conferência ou

14 Op. cit., p. 164.

15 Ibidem, pp. 164-165.

16 Ibidem, pp. 165-166 e 168.

à correção). Outros elementos essenciais dessa teoria são: 1) a procedimentalização, segundo a qual as regras do discurso não têm um conteúdo predeterminado, o que exige uma “teoria da substância”¹⁷ para resolver os problemas decorrentes dessa nova desidratação à moda kelseniana e luhmanniana. Os procedimentos em específico são a legislação e a jurisdição, que têm por base a constituição, que é o objeto primário da teoria; e 2) a idealização, segundo a qual no plano da realidade ou dos fatos não se pode esperar que todas as regras do discurso sejam atendidas, motivo pelo qual ela implica a necessidade do direito¹⁸.

A soma da procedimentalização com a idealização conduz a um discurso ideal, que tem as seguintes características: ausência de restrição, completa clareza linguística e conceitual, informação completa, capacidade e disponibilidade de troca de papéis e não prejuízo. Trata-se daquilo que Alexy chama de “ideia reguladora”, segundo a qual “são corretas, e portanto justas, precisamente aquelas normas, relativas a distribuições e compensações, as quais todos os participantes, em um discurso ideal, dariam o próprio assentimento”. Nesse caso, o consenso é obtido pela “discussão ilimitada”¹⁹, porém não num sentido temporal ou extensivo, mas quanto à ausência de limites à participação e às informações do discurso. Para Alexy, o discurso ideal equivale à posição original de Rawls, porém com uma importante distinção: a neutralidade, aqui, não é obtida pelos limites às informações disponíveis aos sujeitos representativos, e sim pela remoção desses limites informativos para os sujeitos participantes, tendo assim uma função idealizante (Habermas)²⁰.

Quanto aos princípios de justiça, Alexy cita a relação dos seis princípios mencionados por Perelman em um trabalho de 1945, mas que prefere chamar de normas, a saber: 1) a cada um a mesma coisa; 2) a cada um segundo seus méritos; 3) a cada um segundo sua produção; 4) a cada um segundo suas necessidades; 5) a cada um segundo seu nível; 6) a cada um aquilo que lhe corresponde o direito. Tais normas de justiça podem ser encaradas como regras ou

17 Essa teoria tem como ponto de partida o fato do pluralismo de Rawls (ibidem, p. 167).

18 Ibidem, pp. 166-167 e 170.

19 Essa “discussão ilimitada” sofre restrição pelo princípio do equilíbrio, baseado na teoria dos princípios (ibidem, p. 169-170).

20 Ibidem, pp. 166-167.

como princípios. No primeiro caso, haverá uma ordenação prioritária das normas de justiça, à moda de Rawls. No segundo, ao contrário, haverá uma ponderação entre as normas de justiça, conceito que é considerado preferível por Alexy. A ponderação será regida pelo princípio do equilíbrio racional, mais especificamente entre os direitos fundamentais à liberdade (liberal) e os direitos fundamentais sociais (*welfare state*) e também entre a igualdade jurídica e a igualdade de fato²¹.

Não obstante a introdução de uma teoria da substância para corrigir os problemas gerados pela desidratação do conteúdo das regras do discurso, que caracteriza a procedimentalização, e apesar de seu procedimentalismo não tratar da decisão (e tampouco do direito, embora necessário para a idealização), mas sim da argumentação, a teoria discursiva da justiça de Alexy adota a mesma premissa das teorias procedimentalistas, qual seja, o distanciamento da moral, agora não mais entre direito e moral ou entre decisão e moral, mas entre moral e argumentação²². Trata-se de um problema não apenas de abstração, que Alexy entende ser em verdade uma vantagem, mas principalmente de coerência, porque se a moral da justiça está limitada a divisões (justiça distributiva) e compensações (justiça comutativa) de bens e interesses, nos argumentos ponderáveis entre os princípios de justiça existirá um núcleo moral antecedente que de todo modo influenciará o discurso.

Enfim, esse problema revela o aparente retorno infinito à indagação sobre se a justiça pode ou não ter um conteúdo, ou melhor, se ela é alcançada apenas pelo respeito às regras do jogo ou se permite o cálculo do resultado, seja do direito, seja da decisão, seja da argumentação.

Como se percebe, Alexy retoma os conceitos bifrontes de

21 Ibidem, pp. 169-170.

22 Nas palavras de Maria Lúcia de Paula Oliveira (apoiada em Lênio Streck), “[...] o substancialismo identificaria valores substanciais dos quais a Constituição e o sistema de controle judicial deveriam ser tutores, enquanto que o procedimentalismo proporia um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade [...]”. O Neoconstitucionalismo, a Teoria da Justiça e o Julgamento. In: QUARESMA, Regina, OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula e OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 41. Por ora, seguimos esse conceito provisório de procedimentalismo e substancialismo, sem olvidar que existe outra definição mais fina, conforme a existência (substancialismo) ou não (procedimentalismo) de critérios de justiça para avaliar as decisões políticas, nelas incluídas as leis e as decisões judiciais.

Aristóteles sobre justiça distributiva e justiça comutativa ou corretiva, mantendo-os no contexto de uma justiça política legal ou que se manifesta dentro de uma comunidade política organizada, eliminando porém (i) a carga autoritária do sujeito decisório e da pena, substituindo o juiz pela “ideia reguladora” de auto-decisão, e (ii) os critérios de distribuição proporcional do mérito e de compensação aritmética entre perdas e ganhos, em favor de um procedimento argumentativo, e valendo-se, nessa ponte, tanto do conceito invertido de véu de ignorância de Rawls quanto do conceito de autoregulação de Habermas.

4 ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DISCURSIVA DA JUSTIÇA NOS MOLDES ARISTOTÉLICOS

Como visto no item III, supra, o mérito é o critério atributivo da justiça distributiva, que, em um governo aristocrático (tipo com base no qual Aristóteles desenvolveu sua teoria), deve observar a excelência. Disso exsurtem então duas constatações: 1) o mérito não tem significado na justiça comutativa, que ocorre na compensação entre prestações (direito privado) e na proporcionalidade entre a falta e a pena (direito penal), de acordo com a equidade/igualdade (a equidade/justo é reservada ao mérito); 2) em um governo democrático, cujo princípio de justiça é a liberdade, e não a excelência, não se sabe ao certo qual o critério meritório da justiça distributiva Aristóteles teria defendido, já que, do ponto de vista finalístico, não se pode mais atribuir os melhores bens às melhores pessoas, conforme a excelência dos resultados; no máximo se pode especular que os bens devem ser distribuídos às pessoas de modo a maximizar a liberdade, mas o mérito, aqui, não é a maior/menor virtude cívica do receptor, o que impõe as seguintes incômodas aporias: (i) em uma democracia, quem merece mais ou menos liberdade? (ii) é possível atribuir mais ou menos liberdade em uma democracia, com base no mérito? (iii) uma distribuição de mais ou menos liberdade em uma democracia, com base no mérito, não seria ontologicamente anti democrática?

Assim, o problema apontado por Alexy relativamente aos conceitos de justiça corretiva/comutativa e de justiça distributiva de Aristóteles (a ausência de critérios racionais de justificação do

discurso da distribuição e da compensação) é secundário de outro antecedente, qual seja, a falta de definição do critério meritório/finalístico da justiça distributiva em uma democracia. Outrossim, de qual modo seria viável uma ponderação entre a norma de justiça “a cada um segundo seus méritos” e outra norma de justiça, em caso de confronto, com a privação de informações sobre o critério meritório/finalístico da justiça distributiva em uma democracia? Não haveria, aqui, uma redução de pelo menos duas características do discurso ideal (completa clareza linguística e conceitual e informação completa), déficit que decerto impactará a pressuposição de assentimento dos participantes, ao modo do teste da universalização kantiano?

Duas conclusões autoexcludentes são então possíveis, a saber: 1) se toda justiça distributiva depende do critério meritório e ele está interditado em um governo democrático por falta de informações suficientes sobre a atribuição finalística dos bens às pessoas, esse problema não pode ser corrigido com a definição de critérios racionais de justificação do discurso da distribuição, por falta das condições do discurso ideal; 2) aquele problema prejudica apenas a norma de justiça “a cada um segundo seus méritos” e somente quando tratada como princípio, por falta de premissas básicas de ponderação com outra norma de justiça, em caso de eventual confronto; mas esta conclusão impõe uma nova dúvida: quando tratada como regra, a norma de justiça “a cada um segundo seus méritos” não será justificada argumentativamente com base na ponderação, mas seu discurso legitimador pode ignorar o fato de que ainda assim faltam informações sobre o critério meritório da justiça distributiva em uma democracia?

Como visto, apenas a justiça corretiva/comutativa não sofre do mesmo problema, já que seu critério não é o mérito, de modo que a teoria da justiça de Alexy parece mais correta somente nesse tipo de justiça aristotélica.

Outrossim, uma justiça discursiva procedimental não pode ser finalística, já que todo procedimentalismo está focado no meio, e não no fim, e como a teoria da justiça de Aristóteles está focada na duplicidade de meios e de fins (protagonistas de bens de excelência X protagonistas de bens de eficácia), segue-se que a teoria de Alexy somente é compatível na primeira parte da racionalidade prática aristotélica (meio).

A rigor, portanto, a teoria da justiça de Alexy não é totalmente fiel à origem dos conceitos de justiça comutativa/corretiva e de justiça distributiva, mas deve ser encarada como uma adaptação, por meio de um procedimento argumentativo que se vale tanto do conceito invertido de véu de ignorância de Rawls quanto do conceito de autoregulação de Habermas, encontrando aqui os elementos democráticos que faltaram a Aristóteles.

5 PROCEDIMENTALISMO ARGUMENTATIVO NA COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS COM CARÁTER DE PRINCÍPIO

No livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy parte da premissa de que a versão deontológica dos direitos fundamentais é incompatível com uma ordem hierárquica entre eles (ao contrário da versão axiológica), chamando a isso de lei de colisão, segundo a qual entre direitos fundamentais com caráter de princípio inexistem hierarquia e relação de tempo pregresso ou de especialidade, critérios clássicos de solução de conflito de regras. Em outras palavras, entre direitos fundamentais a relação de precedência entre um e outro é condicionada a certas circunstâncias fáticas e jurídicas que, somente encontradas em cada caso concreto, serão determinantes do resultado, ao contrário do conflito de regras, no qual a relação de precedência é incondicionada (afinal, independentemente das circunstâncias fáticas e jurídicas de qualquer caso concreto, entre regras de diferentes hierarquias, precede a de maior nível; entre regras da mesma hierarquia e que tratam do mesmo tempo, precede a mais nova; entre regras gerais e especiais, precede a primeira em casos comuns e a segunda em casos específicos). Segue-se então a necessidade de um critério específico para a resolução de colisões entre direitos fundamentais, presente na máxima da proporcionalidade, em cujas submáximas são identificadas as circunstâncias fáticas (adequação e necessidade) e jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito) que determinarão a precedência de um direito fundamental em relação ao outro²³.

23 JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: GZ, 2015. pp. 127-129.

Há assim uma primeira rotina, a saber: (i) identificação dos direitos fundamentais em colisão, (ii) exame da adequação dos meios de exercício por ambos os titulares, no que se refere a sua licitude ou a sua não excessividade, (iii) identificação de outros meios menos gravosos (meio mais benigno), (iv) aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, na qual se aplica a lei de ponderação, que embeute uma segunda rotina (segundo a fórmula do peso e o ótimo de Pareto): a) define-se a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de insatisfação ou afetação dos direitos fundamentais em jogo; b) define-se a importância dos fundamentos justificadores da intervenção, isto é, a importância da satisfação do direito fundamental oposto; c) responde-se sobre a importância de satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro. Em outras palavras, “... pode-se conceber essa etapas como o resultado de uma relação entre prós e contras ou de custos e benefícios, na qual se pondera se os prós ou benefícios são proporcionalmente maiores do que os contras ou custos, de tal modo que o princípio com menor custo para o outro seja o preferível”²⁴.

São assim duas rotinas (ou procedimentos): 1) na primeira, as submáximas estão dispostas em ordem sequencial e excludente, porque na falta de adequação de meio de exercício de um dos direitos fundamentais, o outro será o precedente; se ambos os meios forem adequados, mas um deles for desnecessário, precede aquele cujo meio era o mais benigno; a terceira somente é aplicada então quando ambos os meios forem adequados e necessários; 2) na segunda, todas as etapas devem ser aplicadas em relação a cada direito fundamental em jogo.

Contra a proporcionalidade em sentido estrito, Habermas sustentou que não era possível emitir juízos corretos sobre a intensidade das intervenções, sobre o grau de importância de satisfação e sobre a relação entre ambos, especialmente quando adotada a fórmula do peso, por falta de medidas racionais, o que tornava a ponderação arbitrária e irreflexiva. Contra essa objeção, Alexy propôs uma escala de intervenção e de importância no texto Epílogo, naquilo que chamou de relação triádica de peso: assim, os graus de intervenção/prejuízo e de importância poderiam ser divididos em mínimo, médio e máximo. Essa escala auxiliaria a terceira etapa da segunda

24 JEVEAUX, op. cit., pp. 133-137.

rotina, ao permitir a comparação entre os graus, com precedência do direito fundamental com maior grau de importância e menor grau de intervenção/prejuízo. Valendo-se de alguns exemplos (como o caso das advertências sobre os efeitos danosos em produtos derivados do tabaco: BverfGE 95, 173 (184); o caso da Revista Titanic: BverfGE 86, 1), Alexy disse que “...somente se poderia falar de uma aplicação ‘irreflexiva’ se ela não tivesse lugar no marco de uma argumentação, porque os argumentos são os que expressam e fazem ostensíveis as reflexões. Sem embargo, aqui não há uma carência de argumentação”²⁵, ou por outra, “os três níveis do modelo triádico constituem uma escala que objetiva sistematizar as valorações que têm lugar tanto na prática cotidiana como na argumentação jurídica”²⁶.

Em resumo, embora Alexy tenha enunciado várias fórmulas do peso, a racionalidade da solução da colisão entre direitos fundamentais com caráter de princípio depende mesmo é da argumentação usada no enquadramento dos graus de prejuízo e de importância na escala da relação triádica de peso, o que exige a presença das condições do discurso prático racional, indicadas no texto sobre sua teoria da justiça.

Em outras palavras, na solução da colisão entre direitos fundamentais com caráter de princípio a precedência de um em relação ao outro não pode ser predeterminada por nenhuma escala hierárquica/valorativa ou por qualquer relação de tempo pregresso ou de especialidade, devendo-se observar os procedimentos acima descritos, de acordo com uma argumentação que justifique racionalmente o resultado do julgamento, mormente no Brasil, cujo NCPC instituiu os regimes do contraditório pleno (arts. 9º e 10) e da aplicação da proporcionalidade como padrão de julgamento daqueles casos (arts. 8º e 489, § 2º).

6 CONCLUSÃO

Em resumo esquemático, o procedimento argumentativo de Alexy para a solução da colisão entre direitos fundamentais com caráter de princípio pode ser assim enunciado:

25 Epílogo, cit. pp. 32-37.

26 Idem, pp. 40-41.

Procedimentalismo argumentativa solução de colisões entre direitos fundamentais com caráter de princípio

ROTINA / PROCEDIMENTO						
primeira			segunda			
ORDEM	SUBMÁXIMA	CONTEÚDO	DIREITO 1		DIREITO 2	
1º	ADEQUAÇÃO	meio lícito ou não excessivo	grau de prejuízo ou afetação	mínimo	grau de prejuízo ou afetação	mínimo
				médio		médio
				máximo		máximo
2º	NECESSIDADE	meio mais benigno ou menos gravoso	grau de importância	mínimo	grau de importância	mínimo
				médio		médio
				máximo		máximo
3º	PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO	grau de intervenção/prejuízo ou de satisfação/afetação	grau de prejuízo x grau de importância	mínimo	grau de prejuízo x grau de importância	mínimo
		grau de importância de satisfação do direito oposto		médio		médio
		grau de prejuízo x grau de importância		máximo		máximo

Tal procedimento garante o controle sobre a racionalidade da argumentação a ser utilizada na solução da colisão, ao mesmo tempo em que exclui qualquer resultado predeterminado, mesmo quando os direitos fundamentais são de distintas gerações, porque o fato de um dos direitos fundamentais ser coletivo e o outro ser individual não predetermina o resultado da precedência. Embora o peso relativo abstrato do direito fundamental coletivo seja um pouco superior ao peso relativo abstrato do direito fundamental individual, são as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto que determinarão a precedência, como se passou com o caso dos assassinos dos soldados de Lebach (BVerfGE 35, 202).

Em referido caso, o TC alemão considerou que o direito fundamental individual à ressocialização de um dos condenados presos tinha maior peso relativo concreto do que o direito fundamental coletivo à liberdade de informação, porque o documentário sobre o crime era datado e não tinha mais a importância da época dos fatos, e se exibido na época da soltura causaria mais prejuízos ao primeiro

direito fundamental do que poderia justificar sua importância tardia.

Ao aplicar a proporcionalidade (art. 8º), no contexto da exigência do § 2º do art. 489, após regular contraditório (arts. 9º e 10 do NCPC), deverá o juiz brasileiro seguir aquele procedimento argumentativo, a fim de não incidir em uma solução discursiva irracional e irrefletida.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 66, set/dez 2002.

_____. Justicia como Corrección. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 26, 2003.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

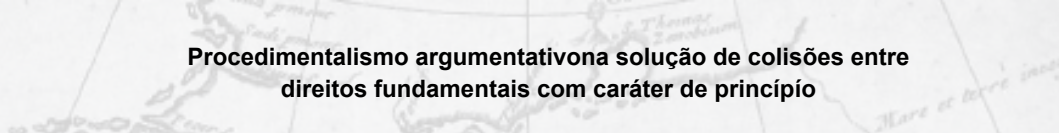
JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: GZ, 2015.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991.

OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. O Neoconstitucionalismo, a Teoria da Justiça e o Julgamento. In: QUARESMA, Regina, OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula e OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANDEL, Michel J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

TOLEDO, Cláudia. O pensamento de Robert Alexy como sistema – argumentação jurídica, direitos fundamentais, conceito e validade do direito. In: TOLEDO, Cláudia (org.). *O pensamento de Robert*



Procedimentalismo argumentativo na solução de colisões entre direitos fundamentais com caráter de princípio

Alexy como sistema. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

A indicação de agentes políticos para o cargo de chefe de missão diplomática permanente (embaixador) sob a ótica da teoria meritocrática de Aristóteles

Getúlio Ramos Pimentel Junior

1 INTRODUÇÃO

O presente texto possui como objetivo a análise da indicação de Chefes de Missão Diplomática Permanente (Embaixadores), dentro do viés aristotélico da inteligência prática (*phrónesis*), do senso de justiça (*dikaiosyne*) e de elementos meritocráticos trabalhados ao longo de suas obras.

Ainda que a Súmula Vinculante nº 13 não abarque cargos de cunho político, há que se refletir se ao realizar a indicação dos sujeitos vedados pelo referido instrumento jurisprudencial, estaria agindo o Chefe do Executivo com *phrónesis*.

Aristóteles embasa seu pensamento num modelo de sociedade hierarquizada, em que os cargos públicos são direcionados àqueles melhores cidadãos, quais sejam, os detentores de um maior número de virtudes cívicas.

Em outra abordagem, cita-se o permissivo legal de indicação de pessoa alheia à carreira diplomática ao referido cargo¹. Igualmente, indaga-se: “seria agir com inteligência prática preterir os membros de uma corporação e presumivelmente detentores de maior experiência para nomear indivíduo externo aos quadros do Itamaraty?”.

A relevância do tema é revelada a partir do momento que constatado que Embaixadores são os representantes diretos do Esta-

¹ Em nossa compreensão, é questionável a presença do senso de justiça na referida permissão legislativa. Portanto, discutível sob o ponto de vista da teoria aristotélica, se há a presença de *dikaiosyne* na exceção prevista pela Lei nº 11.440/06.

do acreditante. É inegável que ampla qualificação técnica e vivência profissional são necessárias ao exercício das habilidades políticas em tal função.

Finalmente, defende-se que ao indicar sujeitos para o cargo de Embaixador, deve o Chefe de Estado preconizar “[...] aqueles que mais contribuem para uma associação desse gênero, são os que se destacam na virtude cívica, os que melhor deliberam sobre o bem comum”, conforme o pensamento aristotélico disseminado em *Ética a Nicômaco* (ARISTÓTELES, 2013).

2 O MÉRITO NA TEORIA ARISTOTÉLICA

A teoria aristotélica possui como um dos seus pilares a figura do *mérito*. Na concepção de Aristóteles, o mérito protagoniza (seja direta, ou indiretamente) marcantes discussões em sua obra.

Dentro da distribuição de cargos públicos, honrarias e bens de uma comunidade, o critério de justiça deve ser o mérito de cada indivíduo. *Os melhores cidadãos devem possuir os melhores cargos e os melhores bens*.

Na concepção da Grécia antiga *timê* se revelava como uma recompensa ao indivíduo, possuindo como critério o seu mérito, a *axia*. Esta seria uma bonificação aos bons cidadãos, ante o reconhecimento público de suas virtudes.

Tabosa (2016, p. 210) atesta que o reconhecimento social, a estima pública, era calcada de forma objetiva e concreta, uma vez que os melhores cidadãos na Grécia arcaica seriam os melhores guerreiros combatentes em combates de *jogos funerários*².

Em *Iliada*, Homero (1998, p. 662-669) poematiza os episódios do nono ano de guerra entre gregos e troianos narrando os confrontos protagonizados por Aquiles e seus desdobramentos em

2 Segundo HOMERO, os jogos fúnebres seria o conjunto de 8 (oito) provas que demonstrariam as virtudes e aptidões de combatentes militares. A primeira prova era a corrida de carros, cujas virtudes envolvidas seriam a confiança, o planejamento e o controle. A segunda era a luta de muros, tendo como virtudes reconhecidas a determinação e a autoconfiança. A luta livre era a terceira prova, que possuía como virtudes exaltadas a persistência. Já a quarta, a corrida de velocidade possuíam como virtudes envolvidas a prece (religiosidade) e a determinação. A quinta avaliação era a luta com armas, cujas virtudes eram a estratégia e o planejamento, ao passo que a sexta prova, o lançamento de ferro, possuía como virtude envolvida a força. A sétima prova era o arco e flecha, envolvida com as virtudes de superação, precisão e pontaria. Por fim, a oitava e última prova era o lançamento de dardo, cujas virtudes envolvidas eram a bravura e o reconhecimento.

mortes, intrigas e paixões:

[...] [Aquiles] Aos Argivos, erguendo-se disse: “Atreide e vós, Aqueus belas cnêmides, por serem os pugilistas mais fortes, de punhos resistentes na luta. Ao que Apolo agracias com mais valor, e assim pensem os Dânaos, este levará para a tenda a mula; já o vencido ficará com a copa”. Falou. E avançava um homem alto e rijo, pugilista exímio, Epeio Panopeu. Tocou a mula sólida e disse: “Que apareça o que vai receber a copa duplicada. Dentre os Aqueus, só eu conduzirei a mula, vencedor da pugna, já que sou o melhor. Admito que, em combate, não o seja. Ninguém, em todos os embates, poderá ser exímio. Digo e é certo. Ao outro vou escoriar a pele e rebentar os ossos. Que muitos companheiros o cerquem, solícitos, para o carregar, logo que eu o dome com meus próprios punhos”. Disse e os parentes e amigos ficaram em silêncio, todos. Só se opôs a Epeio, Euríolo, símile divino, filho de Mecisteu, o rei Talaiôneo, que a Tebas, uma vez, fora à tumba de Édipo, tombado em batalha, e nos jogos bateu Cadmeus, a todos. O Tideide, lança exímia, em torno, instava-o com palavras e grandes augúrios de vitória. Primeiro, cinge-lhe a cintura; depois, lhe enfaixa os punhos com correias de boi. Prontos os dois, puseram-se na arena, bem no centro. Erguem em guarda os punhos, se engalfinham, entrebatendo as mãos pesadas, ao rilhar terrível das mandíbulas, o suor dos membros a escorrer. O divino Epeio ao contendor, que ronda e estuda, acerta-lhe um golpe à cara. Este não conseguiu manter-se em pé; seus esplendentes membros desabam. Quando, ao ressoprar de Bóreas, salta um peixe, entre as algas da paria, e a onda negra o recolhe e de novo o eclipsa, assim rolou o vencido. Epeio, grande coração, o soergue com os braços e o entrega aos companheiros fiéis que o retiram da arena de rastos, cuspidos muito sangue, a cabeça a balançar em pêndulo. Fizeram-no sentar-se, ainda inconsciente, e com o amigo e a copa foram-se.

Ocorre que, o pensamento aristotélico necessita de profunda imersão no contexto político e social da *pólis* grega. A estrutura social daqueles tempos reflete diretamente na teoria de pensadores como Aristóteles. O raciocínio possui como ponto de partida as concepções de um povo, em determinado momento, em razão de uma estrutura social e de seus conflitos.

2.1 A visão aristotélica e o regime de governo aristocrático

A lógica de uma organização estatal aristocrática advém do significado etimológico de aristocracia, que possui sua origem do grego “*aristokratía*” - de “*aristos*”, excelência, melhores; e “*kra-tos*”, poder.

Nesse viés, percebe-se que a própria etimologia da palavra revela a ideia central do que se pretende com tal forma de governo: *o poder concentrado na mão dos melhores indivíduos.*

Na aristocracia o estado é governado por um restrito número de pessoas, as quais reuniriam um número maior de virtudes para implementar o bem comum. O principal traço da aristocracia é a concessão de cargos públicos de acordo com o mérito dos sujeitos.

[...] O critério que Aristóteles emprega em sua taxonomia não é puramente quantitativo (governo de um, muitos, todos), nem puramente normativo-teleológico (o bem comum). Destaca-se também a qualidade específica de quem governa, o do grupo do governante. Define assim a democracia como o governo dos pobres, a oligarquia como o governo dos ricos, e a aristocracia, como o dos virtuosos. Pela combinação destes três aspectos se pode definir a democracia como o governo de muitos pobres para seu benefício próprio; a oligarquia como o de poucos ricos a seu benefício próprio; e a aristocracia como o de alguns virtuosos para o bem comum [...]. Em suas obras sobre a ética, Aristóteles identifica o bem comum como a vida boa (εὖζῆν) e a felicidade que concebe como o fim natural da pólis. (KNOLL, 2017, tradução nossa, grifo nosso)³.

Em *A política* (ARISTÓTELES, 2011), ser um bom cidadão é uma forma de ser nobre, de valorização do sujeito, um título de nobreza.

Na *pólis* grega, o poder se concentra nas mãos dos cidadãos

3 [...] El criterio que emplea Aristóteles en su taxonomía no es puramente cuantitativo (gobierno de uno, muchos, todos), ni puramente normativo-teleológico (el bien común). Destaca también la cualidad específica de quien gobierna o del grupo gobernante. Define así la democracia como el gobierno de los pobres, la oligarquía como el gobierno de los ricos, y la aristocracia, como el de los virtuosos. Por la combinación de estos tres aspectos se puede definir la democracia como el gobierno de muchos pobres para su beneficio propio; la oligarquía como el de pocos ricos para su propio beneficio; y la aristocracia como el de unos pocos virtuosos para el bien común [...] En sus tratados sobre la ética, Aristóteles identifica el bien común con la vida buena (εὖζῆν) y la felicidad que concibe con el fin natural de la polis.

com maior valor dentro a hierarquia social. A noção aristocrática de governo é que mais de uma pessoa realizará o comando da pólis para que a política personifique o seu fim maior: *a vida boa*.

[...] o governo de um número reduzido número de homens, ou de vários, contanto que não seja de um só, chama-se aristocracia seja porque a autoridade esteja nas mãos de diversas pessoas de bem, seja porque tais pessoas dela fazem uso para o maior bem do Estado (ARISTÓTELES, 2011, p. 67)

Aos melhores cidadãos devem ser distribuídos os melhores cargos, as melhores honorarias. Ao passo que para Aristóteles, os melhores cidadãos são justamente aqueles que possuem um maior número de virtudes cívicas.

De todo modo, ao passo que a sistemática aristotélica sustente que os mais virtuosos seriam os melhores cidadãos e, conseqüentemente, deveriam auferir os melhores cargos públicos, sua teoria também excluía determinados indivíduos da concepção de cidadania. As mulheres e os escravos eram considerados inelegíveis, portanto, não eram considerados cidadãos.

É obvio que não aceitemos tais concepções nos dias atuais. Porém, tal exclusão se fundamenta em concepções tidas como “razoáveis” por um povo que viveu há mais de dois mil anos atrás e, ainda que essa ideia seja objeto de duras críticas, o pensamento é reflexo da hostilidade e do preconceito que vigorava na Grécia antiga (SANDEL, 2011).

2.1.1 A cidadania, a estrutura da pólis grega e o princípio da justa distribuição

A teoria política de Aristóteles se fundamenta em ideais suscitados ao longo de sua obra, como a defesa da escravidão. No pensamento aristotélico a justiça é um processo de adequação.

Cada indivíduo possuiria naturalmente um papel na *pólis*. Agir com justiça no caso em concreto seria a adequação das habilidades naturais de cada um, face ao que se estaria sendo distribuído.

Em Aristóteles, outorgar aos indivíduos direitos seria a bus-

ca do *télos*⁴ dentro daquela situação. Atribuir ofícios e honrarias seria um ato justo, pois cada um mereceria um papel na sociedade que se adeque à sua natureza.

Ultrapassada tal premissa, fato é que a *pólis* grega requer uma ampla divisão de tarefas. Algumas pessoas, portando, deveriam se dedicar a atividades braçais para que outras se dedicassem à atividade política (SANDEL, 2011).

Aristóteles compreendia que a escravidão era necessária. De todo modo, para que fosse justa, determinadas pessoas seriam naturalmente adequadas ao desempenho desse papel. Algumas pessoas, portanto, nascem aptas a serem escravas.

Em *Ética a Nicômaco* compreende-se que “[...] da mesma forma que alguns homens são livres por natureza, outros são escravos por natureza, e para estes o estado de escravidão é benéfico e justo” (ARISTÓTELES, 2013).

De igual modo, as mulheres eram excluídas do processo de cidadania. Para Aristóteles as mulheres não conseguiam controlar suas emoções e, portanto, não poderiam participar da vida política.

Pairam críticas a tais considerações, não obstante, assim como já dito, não podemos nos esquecer que o pensamento aristotélico corresponde a suposições e preconceitos que vigoraram em uma sociedade de tempos mais arcaicos.

[...]. Suas premissas são, frequentemente, em parte verdadeiras e tornam-se de fato verdadeiras pelos efeitos da predominância irracional. As pessoas reduzidas à condição de escravas realmente tornam-se em grande parte irresponsáveis, sem iniciativa, ansiosas por evitar o trabalho e incapazes de exercer autoridade. As mulheres pressionadas por exigências incompatíveis com o seu papel social e privadas de educação – determinadas, por circunstâncias variadas, a ser tão mansamente complacentes como Ismene ou Crisótemis e tão desembaraçadamente leais à família como Antígona ou Electra – frequentemente apresentarão fortes emoções e indisciplinadas. O erro de Aristóteles e o de outros que raciocinaram da mesma maneira, foi não compreender como um certo tipo de dominação de fato causa essas características no dominado, que são invocadas para justificar uma dominação injustificada. (MAC'INTYRE, 1991, p. 119)

4 Palavra advinda do grego, cujo significado seria “finalidade, objetivo, destino”.

O melhor tipo de *pólis* na visão aristotélica é o modelo em que a sociedade possui uma ordem hierárquica. A *pólis* possui a primordial função de fazer com que os cidadãos sejam treinados para exercerem suas melhores virtudes.

Aristóteles pensava a vida humana em fases. Em razão disso, escreveu como o indivíduo deveria percorrer ao longo de sua vida para adquirir um maior número de virtudes cívicas.

Aristóteles pensa a vida humana no melhor tipo de *pólis* em termos de estágios: da infância à puberdade, da puberdade aos vinte e quatro anos, a vida do adulto em pleno vigor e a vida do adulto experiente, mais velho. Nos dois primeiros estágios, o jovem deve receber educação em ambas as virtudes de caráter e inteligência. Quando jovem o cidadão deve à cidade seu serviço como soldado. Mais tarde deve a ela seu serviço em postos públicos, incluindo magistraturas administrativas, serviço como jurado nas cortes e como legislador na assembleia. À medida que passa de papel a papel, como governante e como governado, terá, se deve merecer honra, de aprender como exercer toda uma série de virtudes. Mas em todas elas deverá principalmente aprender a compreender o princípio da justa distribuição, a ser movido por uma disposição a conformar-se a ele. Para tal terá de vir a reconhecer que bens são devidos a certas pessoas numa variedade de situações, algo que na visão de Aristóteles requer a experiência e hábito, assim como uma razão reta. (MAC'INTYRE, 1991). (grifo nosso).

Capta-se que naturalmente, indivíduos mais velhos deteriam um maior número de virtudes, haja vista sua maior experiência diante de “provas” e “etapas” ao longo de sua vida.

No livro II de “*tica a Nicômaco*, Aristóteles (2013, p. 68) trata das virtudes cívicas da seguinte forma:

Ademais, as faculdades que nos são transmitidas pela natureza nos são concedidas primeiramente como potência, e nós exibimos sua atividade posteriormente. Isso claramente ocorre com nossos sentidos: não adquirimos a faculdade da visão ou da audição por ver repetidamente ou ouvir repetidamente, porém, de outra maneira, ou seja, porque possuíamos os sentidos principiamos a emprega-los; não os obtivemos através do seu uso. As virtudes, ao contrário, nós as adquirimos por tê-las inicialmente e realmente praticado, tal como praticamos as artes. (...) nos

tornamos justos realizando atos justos, moderados, realizando atos moderados, corajosos realizando atos corajosos.

Zigano (2009, p. 80), defende que há uma diferenciação entre os tipos de virtudes:

Do ponto de vista que contempla todos os tipos de virtude, a distinção será tripartite: as virtudes podem ser naturais, ou adquiridas pelo hábito ou, ainda, obtidas mediante o uso da razão. Do ponto de vista restrito, porém, a virtude é moral, há dois modos somente. O primeiro consiste na virtude moral adquirida pelo hábito; o segundo consiste na virtude moral (adquirida pelo hábito) acompanhada pela razão.

Deste modo, os cidadãos devem compreender que determinadas tarefas seriam distribuídas apenas àquelas pessoas que possuem as virtudes cívicas para exercê-las. A organização social proposta pelo princípio da justa distribuição possui como ideia central adequar bens e honrarias àqueles que mais merecem possuí-los.

A ótica do princípio da justa distribuição é a divisão de acordo com o *merecimento* de cada cidadão.

Na *pólis*, a qualidade do indivíduo como cidadão revelava-se como sua qualidade enquanto cavaleiro, soldado ou poeta dramático. A lógica aristotélica suscita a premissa de que *as atividades são hierarquicamente ordenadas em função de suas relações*, logo, a excelência na fabricação de freios se justificaria pela excelência de montar a cavalo, ou a excelência em fabricar flautas, se justificaria pela excelência de tocá-las.

Todavia, a visão de Aristóteles não está focada no indivíduo isoladamente, mas como fração de um todo, que seria a *pólis*.

A ética de Aristóteles – como a de Platão – está unida à sua filosofia política, já que para ele – como para seu mestre – a comunidade social e política é o meio necessário da moral. Somente nela pode realizar-se o ideal da vida teórica na qual se baseia a felicidade. O homem como tal só pode viver na cidade ou *pólis*; é, por natureza, um animal político, ou seja, social. (...). Por conseguinte, não pode levar uma vida moral como indivíduo isolado, mas como membro da comunidade. Por sua vez, porém, a vida moral não é um fim em si mesmo, mas a condição ou meio para uma vida verdadeiramente humana: a vida teórica

na qual consiste na felicidade. (VÁSQUEZ, *op. cit.* p.234)

Com isso, Aristóteles defende que o homem não pratica comportamentos virtuosos apenas para si, mas sim para exercício da vida em comunidade. Quando são tomadas atitudes corajosas, virtuosas, justas e equilibradas, o homem está beneficiando o coletivo.

2.2 A inteligência prática e o senso de justiça como critérios aristotélicos do “justo”

Nos tornamos justos quando realizamos atos justos. Ocorre que o *ser justo* é um ato de aprendizado com aqueles que possuem mais experiência e mais virtudes cívicas. É um ciclo de aprendizado.

Nessa conjuntura, um dos pontos centrais da teoria aristotélica é a concepção de que, para que possamos agir de modo justo devemos agir com *phrónesis*, a denominada inteligência prática.

Phrónesis é o exercício de uma capacidade de aplicar verdades sobre o que é bom para tal tipo de pessoa ou pessoas fazerem em geral e, em certos tipos de situação, a si mesmas em ocasiões particulares. O *phrónimos*⁵ é capaz de julgar que verdades são relevantes para ele na situação particular e, a partir desse julgamento e de sua percepção dos aspectos relevantes de si mesmo e de sua situação, agir corretamente. A virtude da justiça como qualquer outra virtude moral, não pode ser exercida sem que a *phrónesis* seja também exercida. Pois as verdades sobre o que é justo são uma subclasse de verdades sobre o que é bom, e a habilidade de expressá-las na ação é a habilidade *pronética* de expressar essas verdades do modo como for necessário em casos particulares. (MAC’INTYRE, 1991, p. 130). (grifo nosso).

Em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles explora a concepção de *phrónesis* fazendo uma analogia com a geometria:

Ela (*phrónesis*) está no centro oposto ao *noûs*. Pois o *noûs* trata das definições para as quais não há explicações ulteriores,

5 Indivíduo que age com *phrónesis*.

enquanto a *phrónesis* tratado que é último, não com respeito ao conhecimento, mas à percepção, não as percepções dos sentidos, mas a percepção através da qual percebemos que o elemento último num problema matemático é um triângulo; pois também haverá um termo final. (ARISTÓTELES, 2013)

É realizada a analogia visto que quando se constrói determinada figura plana, devemos identificar os elementos básicos a partir dos quais devemos iniciar, ainda que não tenhamos nenhuma regra inicial para nos orientarmos.

A *phrónesis* revela-se por um lado teórico do indivíduo e por outro lado prático. O ato virtuoso na situação em concreto diz respeito a ter prudência e se escolher os meios mais eficazes para se atingir determinado fim.

Porém, de acordo com a lógica aristotélica não é possível agir com *phrónesis* se não houver senso de justiça, a denominada *dikaiosyne*.

Dikaiosyne tornou-se a excelência das virtudes para os gregos pelo fato de ser possível a materialização de seu conteúdo em leis escritas, em um novo instrumento de educação e formação do homem grego. A justiça como *dikaiosyne* passou a contemplar a virtude como um todo, em sua excelência, englobando e satisfazendo as exigências do cidadão perfeito. (AMORIM, 2011, p.73)

Ainda que Aristóteles (2013) orientasse seus leitores que *dikaiosyne* é um termo genérico, seu alcance principal era *afugentar-se das transgressões e viver em consonância com os preceitos do justo*. A amplitude do significado, em um sentido mais estrito, é empregada no sentido de *virtude*.

Dikaiosyne seria a excelência das virtudes, haja vista revelar-se como a capacidade do homem materializar o justo através de leis escritas. Portanto, agir com *dikaiosyne* seria o estrito respeito às leis convencionadas pela sociedade.

Essa exigência ampla e geral deve ser diferenciada do que é exigido por '*dikaiosyne*' empregada num sentido mais estrito, como o nome de uma virtude particular. Nesse sentido, a *dikaiosyne* é de dois tipos, distributiva e corretiva. A justiça corretiva tem a função de restaurar, na medida do possível, a

A indicação de agentes políticos para o cargo de chefe de missão diplomática permanente sob a ótica da teoria de Aristóteles

ordem justa que foi parcialmente destruída por alguma ação ou ações injustas. A justiça distributiva consiste na obediência ao princípio de distribuição que define a ordem protegida pela justiça corretiva. (MAC'INTYRE, 1991).

Aristóteles afirma que as ações humanas justas são aquelas que possuem legitimidade na lei. O homem justo é aquele que age em conformidade com as leis, pois estas possuem como foco o bem comum, o objetivo da vida boa.

As ideias de justiça e de vida boa no pensamento aristotélico andam em conjunto. Não é possível atribuir a característica de *justo* a determinado ato, seja ele político ou não, *caso este não tenha materializado o melhor no cenário em particular*.

O justo para Aristóteles é dar ao indivíduo o que ele merece, sendo concebido a cada pessoa o que lhe é devidamente devido: seja um bem, um ofício ou uma honraria.

[...] A justiça distributiva regula as ações da sociedade política em relação ao cidadão e tem por objetivo a justa distribuição dos bens públicas: honras, riquezas, encargos sociais e obrigações. Segundo Aristóteles, “uma das espécies de justiça em sentido estrito e do que é justo na acepção que lhe corresponde, é a que se manifesta na distribuição de funções elevadas do governo, ou de dinheiro, ou das doutras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter uma participação desigual ou igual à de outra pessoa”. Nesse tipo de justiça, o “critério (justo meio da virtude) da distribuição é a igualdade; não porém uma igualdade matemática rígida, mas uma igualdade geométrica ou proporcional que, além de tomar em consideração o dever de dar a cada um o que lhe é devido, pesa os dotes naturais do cidadão, sua dignidade, o nível de suas funções, sua formação e sua posição da hierarquia organizacional da *Pólis*. (NOVAIS, 2004, p. 213).

A escolha do mérito a ser exaltado depende de cada situação em particular, não sendo um fator absoluto, mas sim variável ao caso concreto.

Em *A Política* (ARISTÓTELES, 2011) a lógica aristotélica nos demonstra que a justiça envolve dois fatores “as coisas e as pessoas a quem elas são destinadas”.

A justiça se justificaria com a relevância, com o mérito e com a excelência de quem é um de seus prováveis destinatários. Há que se identificar o *télos* no caso conflituoso e ter inteligência prática de destinar o bem àquele cidadão mais virtuoso para a finalidade daquele bem.

3. A SÚMULA VINCULANTE Nº 13 E O PERMISSIVO LEGAL NO TOCANTE À INDICAÇÃO DE AGENTES POLÍTICOS

Inicialmente, revela-se fundamental elucidar o contexto jurisprudencial que levou o Supremo Tribunal Federal (STF), a editar a Súmula Vinculante nº 13, que veda o nepotismo no Brasil. Destacam-se como precedentes representativos da referida súmula, a ADC 12/DF e o RE nº 579.951/RN⁶.

No tocante à Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) pleiteava a declaração de constitucionalidade em prol da Resolução nº 07, de 18/10/05, do Conselho Nacional de Justiça⁷. A referida resolução possuía como objetivo, vedar a prática de nepotismo em todos os âmbitos do Poder Judiciário, ante a determinação contida nos princípios da moralidade e impessoalidade, previstos na Constituição da República.

Na oportunidade, a Corte Maior entendeu que seria constitucional a limitação imposta pela resolução do CNJ.

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE “DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER

6 Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>

7 A Resolução 07 de 18/10/05, possuía como ementa a seguinte redação: “Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências”.

JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”. PROCE-
DÊNCIA DO PEDIDO.

1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. [...].

(ADC 12. Rel. Ministro Ayres Brito. Data de Publicação DJE 18/12/2009 – Ata nº 41/2009. DJE nº 237, divulgado em 17/12/2009). (grifo nosso).

Conforme narra Geovany Jeveaux (2017) o Recurso Extraordinário nº 579.951/RN, possuía o seguinte pano de fundo:

[...] No quinto precedente (RE 579951) foi dado tratamento objetivo ou abstrato à matéria, diante do regime da repercussão geral nele adotado, mas o caso concreto era o seguinte: o irmão de um vereador e o irmão do Vice-Prefeito do Município de Água Nova do Estado do Rio Grande do Norte foram nomeados, respectivamente, para os cargos em comissão de Secretário Municipal de Saúde e de motorista, e tiveram as suas nomeações questionadas com base na Res. n. 07/2005 do CNJ. Embora o relatório e o voto do Ministro-Relator, Ricardo Lewandowski, não esclareçam com detalhes, deduz-se que o caso foi discutido em juízo e da sentença se interpôs apelação (desconhece-se o resultado da sentença e, portanto, o recorrente), finalmente julgada pelo TJ daquele Estado no sentido de que “...é a Constituição que permite o chamado ‘nepotismo’, na medida em que dá ao administrador público liberdade para ocupar parte dos cargos que tem à sua disposição com pessoas de sua confiança, independentemente do fato de serem ou não seus parentes”. Além disso, entendeu aquele TJ que a Resolução do CNJ era restrita ao Poder Judiciário (a propósito como ficou implícito no terceiro precedente) e não podia ser aplicada ao Poder Executivo Municipal sem lei formal nesse sentido.

Com o julgamento do referido recurso, estabeleceu-se, através de repercussão geral, que ainda que a Resolução nº 07 do CNJ se restringisse ao Poder Judiciário, a vedação do nepotismo não exige

a edição de lei formal para se vedar a prática, dessa forma, a prática seria vedada no âmbito dos 3 (três) poderes.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE.

I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão. (RE 579.951. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Publicação DJE 24/10/2008 - Ata nº 34/2008 - DJE nº 202, divulgado em 23/10/2008)". (grifo nosso)

Logo após, ante o disposto no art. 103-A, da Constituição Federal⁸, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 13, que passou a ter a seguinte redação:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Porém, a Suprema Corte através de reiteradas manifestações, entende que não são sujeitos aos efeitos da referida súmula vinculante, os ocupantes de *cargos políticos*. No próprio julgamento do RE nº 579.951/RN mencionado acima, o Ministro Ayres Brito

⁸ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A indicação de agentes políticos para o cargo de chefe de missão diplomática permanente sob a ótica da teoria de Aristóteles

observou:

[...] Senhor Presidente, quando introduzi essa discussão, a partir do voto do Ministro Marco Aurélio, sobre a distinção entre cargo em comissão e função de confiança, de um lado, e, do outro, cargo de Secretário Municipal, Secretário de Estado, Ministro de Estado, portanto, cargos de natureza política, claro que eu não quis dizer que esses princípios do artigo 37 - legalidade e moralidade - não se aplicam aos dirigentes superiores de toda a Administração Pública. Agora, os cargos aqui referidos no inciso V do artigo 37 são singelamente administrativos; são cargos criados por lei, não são nominados pela Constituição. Os cargos de Secretário de Estado, Secretário Municipal têm por êmulo ou paradigma federal os cargos de Ministro de Estado cuja natureza é política, e não singelamente administrativa. Diz a Constituição Federal sobre o Poder Executivo: o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado (art. 76). Ou seja, os Ministros de Estado são ocupantes de cargos de existência necessária, política, porque componentes do governo. Aonde eu quero chegar? O Chefe do Poder Executivo é livre para escolher seus quadros de governo, mas não o é para escolher seus quadros administrativos, porque dentre os quadros administrativos estão os cargos em comissão, os cargos de provimento efetivo e as funções de confiança. A própria Constituição, sentando praça desse caráter constitucional, eminentemente político, dos Ministros de Estado - e isso vale no plano dos Estados-membros e no plano dos municípios -, além de dizer os requisitos deles - «os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos» -, diz o que basicamente lhes compete. Então, o assento, o *locus* jurídico dos auxiliares de governo é diretamente constitucional. A Constituição Federal a atestar o caráter político do cargo e do agente. Por isso, o que decidimos no plano da ADC nº 12, e agora servindo de fundamento para a nova decisão, a proibição do nepotismo arranca, decola, deriva diretamente dos princípios do artigo 37, que são princípios extensíveis a toda a Administração Pública de qualquer dos Poderes, de qualquer das pessoas federadas. Tudo isso na vertente, na perspectiva de cargos em comissão e funções de confiança, que têm caráter apenas administrativo, e não caráter político.

Nesse mesmo sentido, demonstra-se a jurisprudência da Su-

prema Corte em relação à abordagem, *verbis*:

Agravo regimental em reclamação. 2. Nomeação da esposa de Vice Prefeito para ocupar cargo de secretária municipal. Agente político. 3. Ausência de violação ao disposto na Súmula Vinculante 13. 4. Não cabimento da reclamação. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 29317 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 04-04-2019 PUBLIC 05-04-2019). (grifo nosso).

NOMEAÇÃO PARA CARGOS POLÍTICOS DO PRIMEIRO ESCALÃO DO PODER EXECUTIVO. CRITÉRIOS FIXADOS DIRETAMENTE PELO TEXTO CONSTITUCIONAL. EXCEPCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA SV 13 NO CASO DE COMPROVADA FRAUDE. INOCORRÊNCIA. NOMEAÇÃO VÁLIDA. DESPROVIMENTO. PRECEDENTES. 1. Legitimidade recursal concorrente reconhecida (RE 985.392 RG, REL. MIN. GILMAR MENDES, DJE DE 10/11/2017). 2. O texto constitucional estabelece os requisitos para a nomeação dos cargos de primeiro escalão do Poder Executivo (Ministros), aplicados por simetria aos Secretários estaduais e municipais. 3. Inaplicabilidade da SV 13, salvo comprovada fraude na nomeação, conforme precedentes (Rcl. 7590, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 30/9/2014, DJe de 14/11/2014, Rcl 28.681 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Dje de 7/2/18; Rcl 28.024 AgR, Primeira Turma, Rel, Min. ROBERTO BARROSO, Dje de 29/5/18). 4. Agravos regimentais aos quais se nega provimento. (Rcl 30466 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 09/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 23-11-2018 PUBLIC 26-11-2018). (grifo nosso).

Agravo regimental em reclamação. 2. Nomeação de cônjuge de Prefeita para ocupar cargo de Secretário municipal. 3. Agente político. Ausência de violação ao disposto na Súmula Vinculante 13. 4. Os cargos que compõem a estrutura do Poder Executivo são de livre nomeação e exoneração pelo Chefe desse Poder. 4. Fraude à lei ou hipótese de nepotismo cruzado por designações recíprocas. Inocorrência. Precedente: RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje 12.9.2008. 7. Agravo regimental a que se dá provimento para julgar procedente a reclamação. (Rcl 22339 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 04/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO

DJe-055 DIVULG 20-03- 2019 PUBLIC 21-03-2019). (grifo nosso).

Direito Administrativo. Agravo interno em reclamação. Nepotismo. Súmula Vinculante 13. 1. O Supremo Tribunal Federal tem afastado a aplicação da Súmula Vinculante 13 a cargos públicos de natureza política, ressalvados os casos de inequívoca falta de razoabilidade, por manifesta ausência de qualificação técnica ou inidoneidade moral. Precedentes. 2. Não há nos autos qualquer elemento que demonstre a ausência de razoabilidade da nomeação. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental na Reclamação nº 28024. Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, jul. em 29 mai. 2018, Dje-125, 25 jun. 2018)

Nessa toada, salvo em casos de flagrante ofensa ao princípio da razoabilidade, o Supremo entende que a Súmula Vinculante nº 13 não é aplicável para indicações de cargos cuja natureza é estritamente política.

4 A NATUREZA POLÍTICA DO CARGO DE EMBAIXADOR

Ainda que a natureza do cargo de embaixador seja objeto de divergência doutrinária, na corrente abordagem adota-se a corrente que entende que o cargo possui natureza eminentemente *política*.

Os que sustentam que embaixador não é um cargo político, dentre outras argumentações, entendem que Chefe de Missão Diplomática Permanente não se encontra no primeiro escalão do Poder Executivo e não atua com independência e liberdade funcional, dentre outros aspectos.

Por outra ótica, aqueles que defendem ser um cargo político ressaltam que é um cargo cuja aprovação depende explicitamente da emanção da vontade política do Poder Executivo e do Poder Legislativo – eis que o embaixador é indicado pelo presidente da república e sua indicação tem que ser aprovada pelo Senado Federal. E, por fim, é necessário o *agrément* pelo país que receberá o agente⁹.

Ato contínuo, sabe-se que a carreira diplomática abarca os

⁹ Conforme dispõe o art. 4^a da Convenção de Viena, internalizada pelo Decreto nº 56.435/1965.

postos de Terceiro Secretário, Segundo Secretário, Primeiro Secretário, Conselheiro, Ministro de Segunda Classe e Ministro de Primeira Classe.

Contudo, apenas os 2 (dois) últimos da estrutura da carreira, que poderão ocupar o posto de Embaixador – ressalvada a exceção do art. 41, parágrafo único, da Lei nº 11.440/2006, que permitiu que, excepcionalmente, indivíduos que não compõem a carreira diplomática possam ser indicados ao cargo¹⁰.

Nesse sentido, conforme sustentado no “Parecer nº 568/2019-ADVOSF” (BRASIL, 2019) emitido pela Advocacia do Senado Federal, não há como negar que o Embaixador seria o equivalente a um ministro.

Por isso, uma vez que auxilia diretamente o Presidente da República em território estrangeiro, transcendendo mero encargo de chefia administrativa ou estatutária, é representante direto da República Federativa do Brasil e exige deliberação e aprovação do Senado Federal em sessões secretas, defende-se que o cargo possui caráter estritamente político.

Somado a isso tudo, o cargo possui foro por prerrogativa de função (conforme o art. 102, I, “c, da Constituição Federal), assim como todas as mais consideráveis autoridades políticas do país perante o Supremo Tribunal Federal, o que nos revela o cunho político do cargo.

Feitas tais considerações, em nossa aceção, afigura-se como óbvio concluir que o cargo de Embaixador se revela, inequivocamente, como cargo de natureza política.

¹⁰ Em nossa concepção, a excepcionalidade de se permitir a indicação de membro alheio à carreira diplomática, ao cargo de Embaixador, revela ausência de *dikayosine* por parte do legislador. Contrapondo a teoria aristotélica de que há um senso de justiça intrínseco na lei, se verifica in casu que a referida permissão legislativa não corresponde diretamente à vantagem comum, visto que autoriza que indivíduos de fora da corporação – e, portanto, não detentores de maior experiência e de excelência na prática da diplomacia, sejam indicados ao cargo de Embaixador.

Nesse aspecto, adentrando à ótica aristotélica concluímos que nem sempre os legisladores possuem as virtudes cívicas necessárias aos ocupantes do cargo que encontram-se situados, eis que nem todas as leis, de fato, visam o melhor resultado – tal como demonstrado com a exceção constante no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 11.440/2006. Finalmente, também se enumera que em virtude da imprópria permissão, nem sempre os melhores cidadãos necessariamente ocuparão o cargo de Embaixador. (grifo nosso).

5 A INTELIGÊNCIA PRÁTICA (*PHRÓNESIS*) NA INDICAÇÃO DE MEMBROS DE MISSÃO DIPLOMÁTICA PERMANENTE

Ultrapassadas as premissas anteriores, fato é que o cargo de Embaixador é de primordial importância na defesa dos interesses de um povo, em território internacional, nos termos do art. 40, da Lei 11.440/06: “[...] é a mais alta autoridade brasileira no país em cujo governo está acreditado” (BRASIL, 2006).

Conforme dispõe a “Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas”, promulgada por meio do Decreto Legislativo nº 103, de 1964, são funções de uma Missão Diplomática¹¹:

Artigo 3

As funções de uma Missão diplomática consistem, entre outras, em:

- a) representar o Estado acreditante perante o Estado acreditado;
- b) proteger no Estado acreditado os interesses do Estado acreditante e de seus nacionais, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional;
- c) negociar com o Governo do Estado acreditado;
- d) inteirar-se por todos os meios lícitos das condições existentes e da evolução dos acontecimentos no Estado acreditado e informar a esse respeito o Governo do Estado acreditante;
- e) promover relações amistosas e desenvolver as relações econômicas, culturais e científicas entre o Estado acreditante e o Estado acreditado. (BRASIL, 1965).

Destarte, o Embaixador, autoridade máxima de uma Missão Diplomática possui o dever de representação do Estado, proteção dos interesses da nação que o nomeou, negociação, intercâmbio de interesses entre o país acreditante e o país acreditado, bem como evolução nas relações econômicas, culturais e científicas.

À vista disso, não há como negar que virtudes cívicas como a *estratégia*, o *planejamento* e o *reconhecimento*, conforme ilustradas por Homero (1998) em *Iliada*, seriam atributos que devem ser consumados por ocupantes do referido cargo.

Na *pólis* grega, o governo e a administração política eram

11 Usualmente denominada como “Embaixada”.

incumbidos àqueles detentores do maior número de virtudes cívicas, eis que assim como já dito, *os melhores cargos e maiores honrarias devem ser concedidos aos melhores cidadãos.*

Ato contínuo, o nobre ofício de representação de um povo deve ser conferido àqueles que inegavelmente possuem virtudes compatíveis com as funções de um posto de extrema importância e destaque, pois é inquestionável que ampla qualificação técnica é elemento primordial para o ocupante do cargo de Embaixador.

Ocorre que ainda que a Suprema Corte entenda que não seja aplicável a Súmula Vinculante nº 13 em relação aos cargos políticos – podendo, portanto, o residente da República indicar parente ou cônjuge para o cargo, e ainda que exista o permissivo legal, que permite a indicação de pessoa estranha ao serviço diplomático brasileiro, indaga-se: “*Agiria o Chefe do Executivo com phrónesis, ao realizar tal indicação?*”.

Em nossa concepção, ante as considerações meritocráticas de Aristóteles a resposta não poderia ser positiva, seja no caso das vedações aos sujeitos abarcados pela Súmula Vinculante nº 13, como no caso de membros alheios à carreira diplomática.

Aristóteles faz considerações fundamentais para se compreender o que é possuir virtudes cívicas para ocupar determinado cargo:

Se a comunidade política existe para promover uma vida boa, quais são as implicações para a distribuição de cargos e honrarias? Tal como acontece com as flautas, acontece na política: Aristóteles parte do princípio do bem para determinar a maneira adequada de distribuí-lo. “Aqueles que mais contribuem para uma associação desse gênero” são os que se destacam na virtude cívica, os que melhor deliberam sobre o bem comum. Aqueles que demonstram a maior excelência cívica – não os mais abastados, ou os mais numerosos, ou os mais bonitos – são os que merecem a maior parte do reconhecimento e da influência política. (SANDEL, 2011)

No mesmo sentido da disposição aristotélica de que “aqueles que mais contribuem para uma associação desse gênero, são os que se destacam na virtude cívica, os que melhor deliberam sobre o bem comum” (SANDEL, 2011), não se compreende como agir com *phrónesis* indicar sujeito alheio à carreira diplomática brasileira.

A carreira diplomática brasileira é reconhecidamente como uma das mais complexas, inúmeros são os requisitos para se adentrar aos quadros do Itamaraty e diversas são as habilidades que os aspirantes à diplomata devem possuir.

Conforme se denota da Lei nº 11.440/06, são cargos da Carreira de Diplomata do Serviço Exterior brasileiro: Terceiro Secretário, Segundo Secretário, Primeiro Secretário, Conselheiro, Ministro de Segunda Classe e Ministro de Primeira Classe.

Contudo, para os próprios membros do Itamaraty são completamente restritas as possibilidades de se tornar Embaixador, isso porque apenas Ministros de Segunda e Primeira Classe poderão ocupar o tal posto.

Não nos parece exigência irrazoável visto que, em regra, se revelam como indivíduos com maior experiência e tempo de carreira, os quais presumivelmente, possuem um acervo de virtudes e aprendizados da diplomacia mais densos do que os outros membros, que ocupariam seus postos em menor tempo.

Em razão disso, latente a ausência de *dikayosine* (senso de justiça), na permissão ora criticada presente no parágrafo único, do art. 41, da Lei nº 11.440/06, uma vez que a exceção não visa o bem comum e permite que indivíduos que não são detentores de maior experiência – e nas concepções aristotélicas não seriam os cidadãos mercedores daquele ofício, sejam indicados. Não há senso de justiça na referida permissão normativa.

Com isso, a ausência de *dikayosine* prejudica a incidência e *phrónesis* com eventual indicação de membro alheio à carreira diplomática para o cargo de Embaixador, visto que “[...] não se pode ser justo, segundo Aristóteles, sem a capacidade de raciocínio prático, que *dikaiosyne* exige *phrónesis*” (MAC’INTYRE, 1991).

Assim, não há como se sustentar que eventual indicação de membro alheio à carreira diplomática em detrimento de agentes diplomáticos que já integram os quadros do Ministério das Relações Exteriores, seja agir com *phrónesis*.

No panorama ilustrado, defendemos que o ato de indicar pessoa alheia à carreira de diplomata, seria uma forma de preterir os membros de uma corporação secular, que possuem maior experiência na seara das relações internacionais e, por fim, o mais importante: ao realizar tal indicação, na teoria de Aristóteles, não seria

conduzir os que mais contribuem para associação daquele gênero. Com isso, concluímos que não seria agir com *phrónesis* a indicação de pessoa alheia a carreira da diplomacia brasileira.

Em outra abordagem, ainda que seja ato legal, não nos parece como munido de moralidade e impessoalidade, a indicação de cônjuge ou parente para o cargo de Embaixador.

Desde a colonização brasileira, como forma de demonstração de poder e patrimonialismo, as práticas de nepotismo e filhotismo, conforme observado por Paulo Modesto (2019, p. 7-15), sempre existiram e se estendem até os dias atuais como forma de autopreservação e de autoproteção das elites, *verbis*:

Ao longo da nossa história o nepotismo favoreceu o estabelecimento de uma política de favores e lealdades recíprocas de caráter pessoal destinada à formação de maiorias políticas ocasionais sem a participação ou à revelia das agremiações políticas e permitiu a formação de clãs familiares em determinadas regiões do Brasil. Neste contexto, o nepotismo não é apenas uma conduta moralmente reprovável na gestão da coisa pública; é obstáculo à maturidade democrática do país. Não é apenas uma utilização desviada do poder, mas verdadeira usurpação dele, ou sua perversão, pois o governante converte em propriedade sua, poder que lhe foi cedido transitatoriamente, como função, para o fiel e objetivo atendimento a finalidades sociais obrigatórias.

Não é novidade em aspecto global, de Chefes de Estado que nomearam seus filhos para o posto de Embaixador. Cita-se o caso de John Quincy Adams, filho do presidente norte americano John Adams, nomeado Embaixador da Prússia, no ano de 1797. O filho do presidente, igualmente, já havia servido como Embaixador na Holanda e em Portugal.

Silas Houston, primo do presidente norte americano Ulysses Grant, também foi nomeado Embaixador da Guatemala, no século XIX¹². Sebastian Piñera, presidente do Chile, indicou seu primo, Pablo Piñera para Embaixador da Argentina – todavia, a repercussão negativa na mídia chilena fez com que o Chefe de Estado desistisse da indicação.

Outros casos são a indicação de Khalid bin Salman, filho do

12 Disponível em: https://www.huffpost.com/entry/nepotism-in-the-white-house-its-allrelative_b_58eb5edc e4b0acd78 4ca5a11. Acessado em 10 de dezembro de 2019.

Rei Salman da Arábia Saudita, para Embaixador nos Estados Unidos¹³. E a nomeação de em 2017, como Embaixador do Chade nos Emirados Árabes Unidos, de Zakaria Idriss Déby, filho do Presidente Idriss Déby¹⁴.

No Brasil, o presidente Jair Bolsonaro no ano de 2019 indicou seu filho, o Deputado Federal Eduardo Bolsonaro, para ser Embaixador do Brasil nos Estados Unidos. Entretanto, tendo em vista inúmeras críticas direcionadas à indicação – e buscando se proteger de uma possível derrota no Senado Federal, o Presidente retirou a indicação.

A teoria aristotélica sustenta que a política possui como principal objetivo a consolidação da vida boa, do bem comum. Ante a isso, atos políticos que atentem contra a moralidade e impessoalidade, não estariam cumprindo o papel da política em seu sentido estrito, segundo o que pensa Aristóteles.

Para Aristóteles, política tem um significado mais elevado. É aprender viver uma vida boa. O propósito da política é nada menos que as pessoas desenvolvam suas capacidades e virtudes humanas peculiares – pare deliberar sobre o bem comum, desenvolver um julgamento prático, participar da autodeterminação do grupo, cuidar do destino da comunidade como um todo”. (SANDEL, 2011).

Ademais, ainda que exista permissivo legal, Aristóteles defende que a inteligência prática requer atenção aos elementos principais que são objetivados com aquela ação. Conforme sustenta o autor, a identificação de tais elementos não é regulamentada por regras.

Assim, também no raciocínio prático, a identificação dos elementos particulares relevantes de uma situação não pode ser governada por regras. Fica claro o fato de que deve haver, no juízo e na ação avaliativos, algum tipo de atividade não-governado por regras [...].

Suponhamos que a *phrónesis* devesse ser governada por regras,

13 Disponível em: <https://www.newsweek.com/who-prince-khalid-bin-salman-saudi-ara-bia-1173246>. Acessado em 10 de dezembro de 2019.

14 Disponível em: https://www.lemonde.fr/afrique/article/2019/07/23/au-tchad-la-survie-politique-d-idriss-debydepend-de-plus-en-plus-de-ses-allies-du-golfe_5492599_3212.html. Acessado em 12 de agosto de 2019.

e, ao exercê-la, aplicássemos à casos particulares não apenas ocasionalmente, mas que teríamos de seguir regras ao aplicar regras. Então, ou essas regras de segunda ordem seriam aplicadas através do exercício de alguma capacidade não-governada por regras ou um outro conjunto de regras de terceira ordem seria necessário para saber como aplicar as regras de segunda ordem, e assim por diante. Confrontamo-nos então com as seguintes alternativas: ou temos de postular uma hierarquia infinita de regras em instâncias diversas, mas que não é governada por regras. E uma vez que há razões para aceitar a segunda. Mas se essa conclusão deve ser usada para fundamentar um ponto de vista aristotélico, é importante poder dizer o que é que torna esse tipo de atividade não-governada por regras capaz de justificação racional. (MAC'INTYRE, 1991). (grifo nosso).

A racionalidade no aspecto político deve sempre pesar mais do que aspectos particulares. Além das disposições normativas, o *phrónimos* deve ser justo e adequar as virtudes ante o que está a ser discutido.

O cargo de Embaixador certamente se revela como cargo público estratégico, uma vez que o indivíduo será o representante máximo do país em terras estrangeiras. Ao indicar parente ou cônjuge para ocupar o referido cargo, não estaria agindo o Chefe de Estado de maneira republicana.

No caso em questão, o Presidente da República, sob nenhum pretexto, pode confundir a *res pública* com a *res privada*, visto que o poder emana do povo é a ele quem deve sempre servir.

A impessoalidade é um mandamento substancial em qualquer democracia, nomear os sujeitos vedados pela Súmula Vinculante 13, é agir com preceitos absolutistas, que tinham por finalidade a perpetuação de sua consanguinidade nas mais diversas esferas de poder.

Não bastasse isso, a indicação de parente ou cônjuge ao cargo de Embaixador faz com que o ato se torne estritamente imoral, de modo que viola diretamente o princípio da moralidade pública, exaltado por nossa Carta Magna.

É evidente que tal modalidade de indicação revela uma tentativa óbvia de preconizar a esfera de interesse privada, mas não do coletivo – dispendo contra os preceitos aristotélicos acerca da real destinação da política. Não estaria, por isso, agindo o Chefe de

Estado com *phrónesis* ao concretizar a indicação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse ponto do trabalho, não há como negar que agir com inteligência prática é pontuar os elementos necessários para atingir o *télos* da situação. A obra de Aristóteles e suas definições de *mérito*, *virtudes* e o pensamento da sociedade que defendia séculos atrás, quando devidamente compreendidos, nos permitem concluir que a política sempre objetivará o mesmo fim: *a vida boa*.

Em razão disso, na discussão da presente abordagem, o Chefe do Executivo ao realizar a seleção de possíveis indivíduos a serem indicador para o cargo de Embaixador, não deve se pautar em concepções da *res privata*, mas sim da *res pública*, priorizando o que será melhor para o coletivo¹⁵.

Agir com *phrónesis* na indicação de embaixadores é ter a inteligência prática necessária para seleção dos melhores para o referido cargo. No momento que constatamos a complexidade, a tradição e a importância dos membros que já fazem parte dos quadros de pessoal do Itamaraty, defendemos ser presumível a conclusão de que membros da carreira de diplomata reúnem o maior número de virtudes cívicas necessárias à condução do cargo.

Também não entendemos como compatível com o princípio republicano, ainda que legal no aspecto jurídico, a indicação de parente, cônjuge ou companheiro para o cargo de Embaixador. Caso consumada, indicações dessa natureza pautam-se, inegavelmente em ideais absolutistas, de uma tentativa de perpetuação da consanguinidade no poder.

Não bastasse isso, é flagrante e inegável a violação aos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade pública. Destarte, uma vez que preconizados aspectos pessoais, não estaria o Presidente da República visando o fim maior dos atos políticos na concepção aristotélica, *a vida boa* e o *bem coletivo*.

Por fim, reiteramos que ante a complexidade e o fato de se

¹⁵ Portanto, ignorando a permissão contida no parágrafo único, do art. 41, da Lei nº 11.440/06, tendo em vista a ausência de senso de justiça (*dikayosine*) na referida exceção, que autoriza a indicação de membros alheios à carreira diplomática; e excluindo a permissão da súmula, tendo em vista que em nosso entendimento, o cargo de Embaixador possui natureza política.

revelar como cargo estratégico, a *inteligência prática* na situação em concreto é a indicação daqueles que reúnem o maior número de habilidades e detêm maior experiência, quais sejam, os próprios membros da carreira diplomática.

7 REFERÊNCIAS

AMORIM, Ana Paula Dezem. A Justiça em Aristóteles: estudo sobre o caráter particular da justiça aristotélica. *Revista Eletrônica. Faculdade de Direito de Franca*. Franca, v. 4, n. 1, 2011.

ARISTÓTELES, 384-322 a.C. *A política*. Introdução de Ivan Lins; tradução de Nestor Silveira Chaves. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3. ed. Bauru: Edipro, 2013.

BRASIL. Advocacia do Senado Federal. *Parecer nº 568/2019-ADVOSF*. 03 de setembro de 2019. Consulta formulada a Advocacia pela Presidência do Senado Federal acerca da aplicabilidade da Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal à nomeação de Chefe de Missão Diplomática Permanente. Cargo com feição predominantemente política, que extrapola o escopo do enunciado. Competência privativa do Senado da República para avaliar o preenchimento ou não dos requisitos para investidura no cargo. Brasília, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. *Decreto nº 56.435, de 08 de junho de 1965*. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Brasília, 1965.

BRASIL. *Lei nº 11.440, de 26 de dezembro de 2006*. Institui o Regime Jurídico dos Servidores do Serviço Exterior Brasileiro, altera a Lei nº 8.829, de 22 de dezembro de 1993, que cria, no Serviço Exterior Brasileiro, as Carreiras de Oficial de Chancelaria e de Assistente de Chancelaria, altera a Lei nº 8.829, de 22 de dezembro de 1993;

A indicação de agentes políticos para o cargo de chefe de missão diplomática permanente sob a ótica da teoria de Aristóteles

revoga as Leis nºs 7.501, de 27 de junho de 1986, 9.888, de 8 de dezembro de 1999, e 10.872, de 25 de maio de 2004, e dispositivos das Leis nºs 8.028, de 12 de abril de 1990, 8.745, de 9 de dezembro de 1993, e 8.829, de 22 de dezembro de 1993; e dá outras providências. Brasília: 29 de dezembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 12/DF*. Relator: Ministro Ayres Brito. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 18 dez. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Reclamação 28024/SP*. Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 25 jun. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5245807>. Acesso em: 21 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 22339/SP*. Relator: Ministro Edson Fachin. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 26 nov. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4875763>. Acesso em: 21 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 29317/RJ*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 05 abr. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339866863&ext=.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 30466/SP*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 26 nov. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5458393>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 579.951/RN. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 24 out. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 13. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 29 ago. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sufmula=1227> Acesso em: 27 nov. 2019.

HOMERO. *A iliada*. Tradução de Fernando C. de Araújo Gomes. 1. ed. São Paulo: Biblioteca Folha, 1998.

JEVEAUX, Geovany. *Comentários às súmulas vinculantes*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 129-141.

KNOLL, Manuel. Aristóteles y el pensamiento político aristocrático. *Revista de Filosofía* (Chile). Santiago, v. 73, 87-106, 2017.

MAC'INTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Edições Loyola, 1991.

MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 32, out/dez 2012, p. 7, 15. Acesso em 12 de dezembro de 2019.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. A justiça social em Aristóteles, Kant e Rawls. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 12, n. 46, jan./mar., 2004.

SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

TABOSA, Adriana Santos. O problema do mérito como critério para a reciprocidade proporcional segundo Aristóteles. *Revista Ideação*. Feira de Santana, v. 1, n. 34, jul./dez., 2016.

VASQUÉZ, Adolfo Sanches. *Ética*. 17. ed. São Paulo: Civilização Brasileira, [s.d].

ZIGANO, Marco Antonio de Avila. *Estudos de ética antiga*. São Paulo: Paulus, 2009.

ISBN: 978-85-68228-02-9

CDL



9 788568 228029

**Justiça Federal
SJES**