

Geovany Jevaux  
Ricarlos Almagro

ORGANIZADORES

# TEORIAS DA JUSTIÇA

na prática



VOLUME 2

Eduardo Nunes Marques

Graziela Belmok Charbel

Jordan Tomazelli Lemos

Ligia Barroso Fabri

Loianny Silva Kirmes

Luan Theodoro Machado

Lucas Rodrigues Lima

Luis Henrique Silva de Oliveira

Marcos Alberto Balestreiro Filho

Miryã Bregonci da Cunha Braz

Paula Fernanda Monteiro



Justiça Federal  
SJES



TEORIAS DA JUSTIÇA  
NA PRÁTICA

- VOLUME 2 -

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: 978-85-68228-03-6

Bibliografia |

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

CDU 340.12

GEOVANY CARDOSO JEVEAUX  
RICARLOS ALMAGRO VITORIANO CUNHA  
(organizadores)

# TEORIAS DA JUSTIÇA NA PRÁTICA

- VOLUME 2 -

Eduardo Nunes Marques  
Graziela Belmok Charbel  
Jordan Tomazelli Lemos  
Ligia Barroso Fabri  
Loianny Silva Kirmes  
Luan Theodoro Machado  
Lucas Rodrigues Lima  
Luis Henrique Silva de Oliveira  
Marcos Alberto Balestreiro Filho  
Miryã Bregonci da Cunha Braz  
Paula Fernanda Monteiro



**JUSTIÇA FEDERAL**  
Seção Judiciária do Espírito Santo - SJES

Vitória - ES  
2022

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.<sup>a</sup> 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 advogados, dentre outros.

Todos os trabalhos 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 de 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

Apresentação .....	6
Democracia procedimental, ética e direitos humanos: uma síntese possível em Norberto Bobbio <i>Eduardo Nunes Marques</i> .....	12
Reflexão sobre um caso concreto a partir da concepção de dever de Immanuel Kant: como as teorias podem contribuir para a aplicação do direito positivado <i>Graziela Belmok Charbel</i> .....	38
Análise da teoria utilitarista aplicada ao instituto da colaboração premiada <i>Jordan Tomazelli Lemos</i> .....	48
A justiça segundo John Rawls como critério orientador de políticas públicas <i>Ligia Barroso Fabri</i> .....	64
A teoria do dano eficiente: uma demonstração prática do cálculo benthamiano nas relações de consumo <i>Loianny Silva Kirmes</i> .....	80

Breve Análise da Imparcialidade Objetiva do Juiz sob o Ponto de Vista da Teoria Moral de Immanuel Kant: imparcialidade objetiva, justiça e equidade

*Luan Theodoro Machado* .....96

Ensaio Acerca do Dever de Dizer a Verdade Segundo o Imperativo Categórico Kantiano

*Lucas Rodrigues Lima* .....110

O Sistema Tributário e os Princípios da Justiça em John Rawls: o que a teoria da justiça exige da organização de um sistema tributário?

*Luis Henrique Silva de Oliveira* .....128

Teoria da Justiça em Kelsen e as Polêmicas em Torno das Medidas Restritivas de Combate à Pandemia de COVID-19

*Marcos Alberto Balestreiro Filho* .....156

A Questão Moral em Kant: considerações sobre a teoria moral kantiana e breve análise sobre a moralidade do instituto da “descoberta de coisa alheia perdida” no Código Civil Brasileiro

*Miryã Bregonci da Cunha Braz* .....172

Breves Considerações Sobre Direito e Justiça: a contribuição de John Rawls

*Paula Fernanda Monteiro*.....190





# Democracia procedimental, ética e direitos humanos: uma síntese possível em norberto bobbio

Eduardo Nunes Marques

## 1 INTRODUÇÃO

A formulação bobbiana de democracia, marcada pela vivência pessoal do totalitarismo, pode ser definida e fundamentada, sobretudo, pela preocupação de dar àquela um caráter de estabilidade que impeça que ela, mais uma vez, possa ser relativizada ou solapada por ideias radicais, seja com que rótulo essas ideias se apresente no mundo fático. Para Bobbio, não existe democracia sem respeito às regras previamente estabelecidas, com instituições respeitadas e consolidadas, nas quais deve primordialmente ser exercida a democracia. Essa preocupação de Bobbio com a manutenção e a estabilidade da democracia sempre trouxe em relação à obra do autor uma série de interpretações críticas sobre as suas posições, taxadas de conservadoras, realistas, formalistas, positivistas, empiristas, etc. A estas críticas, Bobbio respondeu dizendo que não existe solução fácil na democracia, e que a redução das liberdades e o colapso institucional nunca foram as respostas para o aprimoramento do exercício democrático. Assim como a democracia não apresenta um “problema dos problemas”, também não é possível acreditar em uma “solução das soluções” para as vicissitudes do regime democrático (PORTINARO, 2013, p.79).

Além disso, o pensamento de Bobbio, espreado por uma vasta obra consolidada ao longo de mais de meio século de magis-

tério e militância política, não se reduz, a não ser por uma leitura apressada, a uma visão meramente formal e realista da democracia. Embora Bobbio não tenha deixado um tratado sistemático de teoria da democracia, mas numerosos ensaios reunidos em coletâneas que tratam do tema (TOSI, 2013, p.223), pode-se concluir, a partir da leitura sistêmica de seus escritos, que, embora rígido em relação ao caráter institucional da democracia, Bobbio nunca se afastou dos valores éticos que permearam seu pensamento desde sua juventude, quando foi contrário ao fascismo<sup>1</sup>.

Vale mencionar, assim, as considerações de Brandão (2006, p.123), de que Bobbio tem duas vertentes conceituais fundamentais na teoria da democracia: a democracia ética e participativa e o procedimentalismo democrático. Segundo o referido autor, a democracia participativa, de concepção ética, é anterior à procedimental, sob o ponto de vista cronológico, sendo que a última teria substituído a primeira, que seria de menor importância. Para tanto, vale-se de uma abordagem temporal do pensamento bobbiano, desde a década de quarenta do século passado. “A concepção ética é esgrimida pelo autor na década de 40 do século passado, em seu período acionista<sup>2</sup>; a procedimental, da década de 50 em diante. A concepção ética é participativa; a procedimental, ora mais participativa, ora mais eli-

---

1 “Nos duros anos do fascismo, o liberal-socialista Norberto Bobbio passou duas curtas estadas na prisão (a primeira em 1923, por alguns dias; a segunda em 1943, por dois meses), sem dificuldades para ser solto, vindo a tornar-se, ainda durante o mesmo regime, professor de filosofia do direito na Universidade de Camerino (continuando a carreira posteriormente nas universidades de Roma e Turim), mediante a escrita de uma carta de submissão ao fascismo endereçada ao próprio Mussolini (episódio que fez polêmica na imprensa italiana no início dos anos 1990, e que o próprio autor descreveu honesta e dignamente em sua Autobiografia, publicada em 1997). Não há dúvidas de que Bobbio fosse profunda e sinceramente antifascista, tendo inclusive participado ativamente do movimento de resistência ao regime, a partir do Partido da Ação. Todavia, não se pode deixar de levar em consideração que o fato de ser filho de família aristocrática do Piemonte, inclusive contando com quadros familiares dentro do governo fascista (que intercederam por ele nos momentos difíceis), de certa forma salvou sua vida (se compararmos com o final trágico no mesmo período do líder operário A. Gramsci, que não possuía as mesmas prerrogativas familiares) e selou a possibilidade de desfrute de uma vida longa e uma carreira acadêmica brilhante” (SALATINI, 2007, p.361).

2 “Referente ao Partido da Ação. O Partido da Ação é o partido do socialismo liberal/liberal socialismo italiano. Teve curta vida. Fundado em 1942, afirmou-se na luta para libertar a Itália do fascismo e dos invasores alemães, mas, após fragorosa derrota nas eleições constituintes de 1946, extinguiu-se, em 1947, integrando-se ao PSI. Por esse partido, Bobbio candidatou-se, e perdeu, a uma vaga na Assembleia Constituinte” (BRANDÃO, 2006, p.124).

tista” (BRANDÃO, 2006, p. 141). Nessa interpretação, a teoria ética seria derivada de uma concepção de um Bobbio jovem, otimista, que acreditava na participação da cidadania e na democracia. Por sua vez, a concepção procedimental derivaria do pensamento de um Bobbio maduro, realista, mais desencantado com as possibilidades da democracia (BRANDÃO, 2006, p. 141).

Contudo, o mesmo autor, em outra oportunidade, reconhece a mescla da democracia procedimental e da democracia participativa nos anos setenta, embora haja, nos anos oitenta, segundo sua visão, uma espécie de apatia e de retrocesso realista na simbiose do pensamento bobbiano, sem que, contudo, possa se afirmar, efetivamente, que tenha havido abandono da democracia participativa.

Ao que nos parece, Bobbio trabalha com a ideia de que o espraio da democracia para outros espaços, além daqueles estritamente estatais, possibilitaria uma canalização variada para as reivindicações da sociedade civil, dando margem a que as respostas para as mesmas ocorressem dentro de uma opção mais - e não menos - democrática. Se, na década de 1980, a relação entre o liberalismo e a democracia é vista por Bobbio de maneira distinta daquela da década anterior, no que diz respeito à relação entre a democracia e o socialismo, ao que parece, não há sinais evidentes de que ele tenha mudado o seu modo de vê-la em ambas as décadas (BRANDÃO, 2013, p.193).

Assim, se analisada a obra de Bobbio quer do ponto de vista cronológico, quer do ponto de vista das ideias filosóficas, é possível perceber que não há a prevalência absoluta da democracia ética como antecedente da democracia procedimental, mas uma complementação mútua das duas vertentes de democracia, embora as visões de momento possam ser mais ou menos abrangentes na complementação.

A concepção ética foi sempre participativa; a procedimental, ora mais participativa ora mais elitista. Esta concepção passou por um conjunto de mudanças ao longo do seu desenvolvimento, de modo que o foco em sua configuração de década a década permitiu-nos destacar algumas das características fundamentais que a especificam em temporalidades distintas (BRANDÃO, 2013, p.193).

De fato, Bobbio, em obras mais contemporâneas de sua trajetória acadêmica<sup>3</sup>, coloca e retoma a noção de democracia ética e participativa, desenvolvida em seus estudos iniciais, como corretora da sua ideia acerca da democracia procedimental, ou seja, como duas esferas conviventes do ponto de vista conceitual. Além disso, Bobbio acresce à dicotomia procedimentalismo *versus* participação um terceiro elemento definidor de sua teoria democrática, de natureza essencialmente substancial, que é o respeito aos direitos humanos como garantidor dos valores mínimos e éticos da democracia.

## 2 A DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL E O SEU VIÉS ÉTICO E SUBSTANCIAL.

Dentro das premissas colocadas, a democracia procedimental em Bobbio tem relação direta com a noção de que democracia moderna é essencialmente representativa. Bobbio trata de um conceito mínimo de democracia, no qual se entende por democracia, de forma primária, um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que estão previstas e facilitada a maior participação dos interessados. A definição procedimental de democracia, porquanto possa ser considerada pobre ou pejorativa para alguns grupos, é a única capaz de oferecer uma distinção clara entre a forma de governo democrática e a despótica, pelo menos se considerarmos a democracia dos modernos, que é essencialmente representativa (BOBBIO, 1997b, p. 12). Embora as regras formais deem ao conceito de democracia um significado restrito, é melhor esse significado do que um vago, embora as regras não sejam estanques (BOBBIO, 2000, p.427).

A ideia de democracia mínima torna menor a disparidade entre democracia real e democracia ideal, pois, a partir do mínimo acordado, pode-se chegar ao máximo de consenso e ao mínimo de violência. Nesse ponto, Bobbio recorre aos ensinamentos de Karl Popper, em relação à sua conhecida crítica aos modelos de governos

3 Nesse sentido, basta ver a obra “O Futuro da Democracia - Uma defesa das regras do jogo”- que é de 1984, na qual Bobbio desenvolve concomitantemente a teoria da democracia procedimental à expansão da participação democrática em espaços da sociedade civil.



utópicos, inclusive o idealizado na República de Platão, na obra *A sociedade aberta e seus inimigos*<sup>4</sup>. Para Popper, os modelos utópicos ou ideais partem de um preconceito insustentável, de que as experiências sociais só podem ser aplicadas em larga escala, aplicando-as à sociedade inteira. Contudo, as experiências sociais podem ser realizadas em condições realistas no meio da sociedade, em pequena escala, sem que precisem revolucionar a sociedade inteira. As experiências utópicas exigem perigosos sacrifícios em nome de um projeto de sociedade, ao passo que o método gradual permite contínuos reajustamentos (POPPER, 1974, p.178). Assim, para Bobbio, a partir da interpretação de Popper, as regras formais da democracia, muitas vezes ridicularizadas, são as que introduziram na sociedade a noção de resolução de conflitos sem recurso à violência<sup>5</sup>. “Apenas onde essas regras são respeitadas o adversário não é mais um inimigo (que deve ser destruído), mas um opositor que amanhã poderá ocupar o nosso lugar” (BOBBIO, 1997b, p. 39).

A teoria procedimental bobbiana, então, tendo como pano de fundo a democracia representativa e a estabilidade institucional, pode ser subdividida em duas vertentes principais: a escolha sistemática dos representantes e o respeito às regras de convivência democrática, as denominadas regras do jogo. A democracia se difere de outras formas de governos pelas regras que disciplinam a escolha de líderes de forma periódica, sem sucessão hereditária ou cooptação, e

---

4 “Em vista de tudo isso, parece ser uma interpretação consistente e dificilmente refutável da matéria a apresentação de Platão como um político partidário totalitário, infeliz em seus empreendimentos imediatos e práticos, mas, ao longo do tempo, apenas feliz em demasia em sua propaganda para sustar e derrubar uma civilização que odiava” (POPPER, 1974, p.185).

5 “En el concepto general de democracia defendido por Bobbio, hay que incluir la estrategia de compromiso entre las partes mediante el libre debate para la formación de una mayoría: se trata de resolver conflictos de interés, favoreciendo el acuerdo. Si los conflictos sociales se resuelven sin recurrir a la violencia, es decir, si las reglas del juego son respetadas, el adversario ya no es un enemigo que debe ser destruido, sino un opositor que en algún momento podría tomar el puesto de dominante. La democracia es un sistema donde los partidos pierden elecciones. La lucha política se lleva a cabo, entonces, de acuerdo con ciertas reglas, cuyo respeto constituye el fundamento de legitimidad. Las reglas del juego democrático permiten la participación de los ciudadanos en la formación de las decisiones colectivas y, al mismo tiempo, a través de la regla de la mayoría y de la libertad de discusión, permiten la solución pacífica de los conflictos políticos y sociales que inevitablemente surgen en las sociedades modernas plurales entre grupos de ciudadanos o entre fuerzas políticas organizadas” (CORTÍZO, 2013, p. 203).

com base no princípio da maioria. Além disso, é o regime democrático que garante que a classe política possa ser trocada sem que se utilize o recurso do derramamento de sangue, já que não se garante que maioria sempre tome a decisão correta (BOBBIO, 2000, p.426).

Em relação à democracia procedimental, no aspecto da seleção de líderes, Bobbio consolida e refina uma teoria processual da democracia que tem como seus máximos expoentes Kelsen e Schumpeter. Bobbio, sob o ponto de vista procedimental, no que se refere à escolha dos representantes, define democracia como forma de governo de escolha da classe política através das eleições, que devem ser periodicamente repetidas, para assegurar o consentimento popular. Essas ideias são devidas a Kelsen, que tem as eleições como método de escolha de chefes, e a Schumpeter, na visão concorrencial de democracia, entre diversas classes políticas (MEAGLIA, 1994, p.61).

Assim, em relação à abertura de escolhas, para o eleitor, dos líderes que os representarão, a visão de Bobbio acerca da democracia se aproxima e dialoga com as ideias de Schumpeter e também com as de Kelsen. Em Schumpeter, a luta e competição pela liderança política ganham uma repercussão diferenciada, pois é o cerne da própria noção de democracia. Para Schumpeter (1961, p.336), a escolha eleitoral feita pelo povo não é iniciativa deste último, embora essencial ao processo democrático. Isso porque os eleitores não escolhem com independência em quem vão votar, já que a iniciativa depende do candidato que se apresenta à eleição, e sua viabilidade depende do apoio que possa arregimentar. Assim, os eleitores se limitam a rechaçar ou sufragar candidaturas, de líderes reais, ou não, o que torna tão importante a liderança na democracia.

O leitor deve recordar que nossas principais dificuldades no estudo da teoria clássica centralizavam-se na afirmação de que o povo tem uma opinião definida e racional a respeito de todas as questões e que manifesta essa opinião — numa democracia — pela escolha de representantes que se encarregam de sua execução. Por conseguinte, a seleção dos representantes é secundária ao principal objetivo do sistema democrático, que consiste em atribuir ao eleitorado o poder de decidir sobre assuntos políticos. Suponhamos agora que invertemos os papéis desses dois elementos e tornamos a decisão de questões pelo eleitorado secundário à eleição de representantes, que tomarão, neste

## Democracia procedimental, ética e direitos humanos: uma síntese possível em Norberto Bobbio

caso, as decisões. Ou, em outras palavras, diremos agora que o papel do povo é formar um governo, ou corpo intermediário, que, por seu turno, formará o executivo nacional, \* ou governo. (\*A equívoca palavra executivo, na realidade, significa coisa diferente. Mas deixa de a significar se a usamos no sentido em que falamos dos administradores de sociedades anônimas, que, na verdade, fazem muito mais do que simplesmente executar a vontade dos acionistas.) Nossa definição passa então a ter o seguinte fraseado: o método democrático é um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor (SCHUMPETER, 1961, p. 321).

Kelsen, por outro lado, reconhece a importância da escolha dos líderes na democracia, pois é o método democrático que coloca luta pelo poder em uma base mais ampla, de concorrência pública que amplia base de seleção dos escolhidos (CADERMATORI, 2006, p.121), mas, ao contrário de Schumpeter, não realça esse aspecto como o primordial do sistema democrático. Kelsen entende a luta pelo voto popular como critério secundário da democracia, sendo o critério principal a noção de governo do povo (BRANDÃO, 2006, p.138).

A luta competitiva pelo voto popular é a consequência de eleições livres; não é o seu propósito. Em uma democracia direta não existe eleição alguma. O critério fundamental da democracia é o de que o poder do governo reside no povo. Se o povo não pode ou não quer exercer diretamente esse poder, pode delegá-lo a representantes através de uma eleição direta e, desse modo, em vez de governar ele próprio, criar um governo. Portanto, a eleição livre e sua consequência, a luta competitiva pelo voto popular, é um critério secundário (KELSEN, 2000, p. 279).

Além disso, de Kelsen, Bobbio retoma a quebra da noção de povo como ente essencialmente coletivo, mas caracterizado de fato pela pluralidade de indivíduos, que participam direta ou indiretamente das escolhas dos seus governantes<sup>6</sup>. O método democrático

6 “Não se pode negar que, enquanto massa de indivíduos de diferentes níveis econômicos e culturais, o povo não tem uma vontade uniforme, que somente o indivíduo tem uma vontade real, que a chamada “vontade do povo” é uma figura de retórica e não de realidade. Mas a forma de governo definida como governo do

bobbiano é liberal e democrático, tal qual o kelseniano, sendo que, de Schumpeter, Bobbio retoma basicamente a forma competitiva de seleção de lideranças políticas (BRANDÃO, 2006, p.141).

Pode-se dizer que, para Bobbio, a partir da noção individualizada de povo e das eleições como procedimento essencial da democracia, um regime democrático é, idealmente, aquele em que a maior parte possível de indivíduos pode participar da tomada de decisões coletivas, participação essa que, em regime democrático representativo, é consubstanciada na abertura cada vez maior, e cada vez mais constante, do direito ao voto (BOBBIO, 1997b, p.20). A obediência às regras formais não basta para que se reconheça um regime como verdadeiramente democrático, já que a participação, segundo regras estabelecidas, da maior parte de indivíduos em processos eleitorais, não é o único requisito de um sistema democrático: é preciso que aqueles que são chamados a decidir realmente possuam reais alternativas de governo e poder. Nesse ponto, a competição entre líderes, em Bobbio, se diferencia do modelo schumpeteriano, pois não basta a mera liberdade de escolha entre cidadãos, mas também a existência de multiplicidade de alternativas de propostas políticas, dentre as quais os cidadãos possam efetivamente escolher (BRANDÃO, 2006, p.140).

Assim, parte o autor italiano da família das grandes teorias empíricas de democracia para contrapor democracia ideal e real, como Schumpeter, mas, no plano dos conteúdos, se aproxima de Kelsen, pois a democracia não prescinde do direito.

À primeira vista, a sua contraposição entre democracia ideal e democracia real, ou, como ele gostava de dizer, entre os “ideais” e a “rude matéria”, o coloca próximo de Schumpeter, que em Capitalismo, Socialismo e Democracia elaborou sua teoria realista do método democrático em oposição as idealizações da teoria “clássica”. Mas, se formos além da estratégia argumentativa e olharmos para os conteúdos, é difícil não reconhecer que o paradigma de referência não é Schumpeter, mas Kelsen. A

---

povo não pressupõe uma vontade do povo voltada para a realização daquilo que, segundo a opinião deste, constitui o bem comum. O termo designa um governo no qual o povo participa direta ou indiretamente, ou seja, um governo exercido pelas decisões majoritárias de uma assembleia popular, ou por um corpo ou corpos e indivíduos, ou até mesmo por um único indivíduo eleito pelo povo” (KELSEN, 2000, p.141).

## Democracia procedimental, ética e direitos humanos: uma síntese possível em Norberto Bobbio

democracia implica necessariamente – e não é mero reconhecimento formal – o direito (PORTINARO, 2013, p.75).

Contudo, a visão bobbiana do primado do direito, através das regras do jogo, não se esgota no modelo kelseniano, pois o termo Estado de direito não é apenas a obediência formal às leis do país. Há que se ter, ainda, no Estado de direito, a subordinação das leis ao limite material de reconhecimento dos direitos humanos. Para tanto, o Estado de direito, como o kelseniano, que se contenta apenas com a obediência ao ordenamento, é um Estado de direito em sentido fraquíssimo, ao paço que somente o que respeita os direitos humanos<sup>7</sup> é Estado de direito em sentido forte (BOBBIO, 2006, p.19).

O Estado de direito em sentido forte é caracterizado por mecanismos constitucionais que dificultam ou impedem o exercício arbitrário e ilegítimo do poder. Desses mecanismos, os mais importantes são: o controle do Poder Executivo pelo Poder Legislativo; o controle do Poder Legislativo por uma corte constitucional; uma relativa autonomia de governos locais em face de um governo central e uma magistratura independente do poder político (BOBBIO, 2006, p.20). Em Bobbio, a relação entre Estado de direito em sentido forte e democracia é íntima, de modo que democracia é o governo das leis por excelência (CADERMATORI, 2006, p.161).

A democracia, então, para Bobbio (1997b, p.18), sobre o ponto de vista procedimental institucional, é definida por um conjunto de regras que determinam quem pode tomar decisões coletivas, dentro de padrões claramente delineados, em um sistema que permi-

7 “A estreita relação que Bobbio estabelece entre os direitos humanos e a democracia tem importantes efeitos na concepção geral desta última. Apesar de o autor afirmar que a sua concepção de democracia seria antes de tudo procedimental, ele nunca se separou realmente de uma concepção substancial desta. Em sua Autobiografia, ele declara que depois de ter lido H. Kelsen, se convenceu que a democracia só pode se definir como um conjunto de regras de jogo. Estas regras organizam a coexistência livre e pacífica dos indivíduos na sociedade e permitem tomar decisões coletivas que asseguram o maior consentimento possível de seus. Bobbio assume que esta definição se distingue de uma concepção substancial de democracia a qual ele aderira antes e segundo a qual o regime democrático organiza a coexistência de indivíduos livres e persegue um ideal de justiça. Ora, excetuando a referência ao modo de produção das decisões, as duas definições mencionam um mesmo ideal de coexistência social, livre e pacífica. Bobbio nunca desistiu então de definir a democracia através elementos substanciais. Um Estado democrático está sempre ligado para ele a um ideal de liberdade e de justiça que se expressa juridicamente, em particular nas normas relativas aos direitos humanos” (CHAMPEIL-DESPLATS, 2008).

ta a instauração e o desenvolvimento de uma convivência pacífica. O que distingue um sistema democrático de um sistema não democrático é um conjunto de regras do jogo, não qualquer regra, mas regras amadurecidas ao longo de séculos de provas e contraprovas, derivadas da própria conquista de democracia (BOBBIO, 1997b, p. 65). A tomada de decisões vinculatórias para o corpo social como um todo pressupõe que os grupos autorizados para tal assim o façam em respeito às regras previamente estabelecidas, pois, em verdade, são sempre os indivíduos, embora momentaneamente coletivizados, os detentores do poder político. Comparada com outras teorias contemporâneas de democracia, Bobbio dá grande importância à dimensão jurídica da democracia. Democracia, então, pode ser entendida como uma série de procedimentos que asseguram aos cidadãos, direta ou indiretamente, participação durante os diferentes estágios do processo de tomada de decisões<sup>8</sup> (YTURBE, 1997 p. 380).

O universo processual da democracia pode ser resumido a partir dos seguintes pontos principais:

- 1) Todos os cidadãos que tenham alcançado a maioria etária sem distinção de raça, religião, condição econômica, sexo, devem gozar de direitos políticos, isto é, cada um deles deve gozar do direito de expressar sua própria opinião ou de escolher quem expresse por ele; 2) o voto de todos os cidadãos deve ter igual peso; 3) todos aqueles que gozam dos direitos políticos devem ser livres para poder votar segundo sua própria opinião formada, ao máximo possível, livremente, isto é, em uma livre disputa entre grupos políticos organizados em concorrência entre si; 4) devem ser livres também no sentido de que devem ser colocados em condições de escolher entre diferentes soluções, isto é, entre partidos que tenham programas distintos

8 “The distinctions that Bobbio establishes between the democracy of ancient times and that of modern times, as well as between the different ways of understanding or conceiving this form of government, enable him to specify the distinctive features of democratic regimes. However, Bobbio insists that it is necessary to have an analytical criterion that allows us to decide whether a particular state is democratic or not. Taking as a point of reference the standpoint of jurists like Ross and Kelsen who start from a purely procedural conception of democracy, as a means for making collective decisions, Bobbio proposes a minimum definition, “but not a poor one,” that contrasts democracy as a form of government to “all forms of autocratic government.”” Around this “minimum definition,” the nucleus of his theory of democracy, Bobbio will weave diverse ways of approaching the question of democracy “(YTURBE, 1997, p. 380).

## **Democracia procedimental, ética e direitos humanos: uma síntese possível em Norberto Bobbio**

e alternativos; 5) seja para as eleições, seja para as decisões coletivas, deve valer a regra da maioria numérica, no sentido de que deverá ser considerado eleito o candidato ou será considerada válida a decisão que obtiver o maior número de votos: 6) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, particularmente o direito de se tornar por sua vez maioria em igualdade de condições. (BOBBIO, 2000, p. 427).

Em relação à noção de respeito às regras do jogo, pode-se afirmar que o conceito de democracia procedimental, em Bobbio, nesse aspecto, está diretamente ligado à noção de mínimo democrático e institucional. As regras postas são extremamente simples, mas difíceis de realizar. Tais regras dão à democracia um sentido inicial restrito, mas esse sentido é preferível a fórmulas vagas, como, por exemplo, governo do povo e para o povo (BOBBIO, 2000, p.428). Bobbio denomina tais regras como sendo universais procedimentais, porque se referem às normas fundamentais de competência e de procedimento, que estabelecem o quem e o como das decisões políticas em um regime democrático. Assim, a tábua bobbiana das seis regras é baseada em princípios inspiradores de normas, em uma concepção processual de democracia, explicitando um conceito de mínimo democrático. Trata-se de verdadeiro critério de democraticidade, simples mas eficaz, para definir se um regime político pode ser considerado como democrático, ou seja, como condições de democracia (BOVERO, 2015, p. 36).

Como é parte integrante da definição de democracia uma estratégia de compromisso entre as partes, com o livre debate para fins de formação de uma maioria, a noção de respeito às regras do jogo reflete melhor a democracia representativa do que a direta. O conceito de democracia como método se abre a todos os conteúdos possíveis, mas é extremamente exigente em demandar respeito às instituições, pois só nessas instituições há vantagens em existir um método (CADERMATORI, 2006, p. 123).

A afirmação de que a obediências às regras do jogo democrático não significa dizer que um governo é necessariamente bom apenas por que obedece às regras. É preciso notar que não se defende, em Bobbio, a impossibilidade de mudança das regras do jogo democrático, já que todas as constituições democráticas preveem formas de modificações dos próprios procedimentos constitucionais.



Contudo, o fato de as regras do jogo também poderem ser mudadas não responde à questão mais difícil, que é saber quais regras podem ser mudadas sem que um regime deixe de ser democrático (BOBBIO, 1997b, p. 66).

A proposição de substituição das regras deve ser necessariamente clara no sentido de como estas devem ser modificadas democraticamente, sem golpes ou violência, ou quais devem permanecer ou serem substituídas. Por exemplo: é possível escolher manter o sufrágio universal, mas não a liberdade de opinião? Ou a pluralidade dos partidos políticos? Ou a proteção jurídica dos direitos civis? Assim, quando se diz que as regras do jogo democrático devem ser mudadas ou suprimidas em prol de uma melhoria da democracia, a proposta, regra geral, não é acompanhada da precisão necessária para valer em ambiente democrático (BOBBIO, 1997b, p. 66).

Além disso, as regras não se reproduzem de forma unívoca em todas as nações democráticas. O problema maior está, na verdade, em saber quais regras poderiam ser mudadas, sem que deixasse de existir forma de governo democrática (BOBBIO, 1997b, p.67). Poderia, por exemplo, a regra da maioria retirar da própria maioria o poder de escolha eleitoral, entregando-o a uma oligarquia, como já ocorreu em períodos pouco dignificantes da História? A resposta, nesse caso, é negativa, pois eliminaria o mínimo democrático.

Mesmo que o respeito às instituições, na democracia, seja importante, essa, ainda que no seu viés procedimental, tem necessidade de estar aberta a conteúdos, pois a definição processual da democracia, de respeito às regras do jogo, não é, ao contrário das críticas, indiferente a valores. O fim primordial da democracia é solucionar os conflitos sociais mediante um contrato social, em que a minoria exclui o recurso à violência, quando seus interesses, em ambiente democrático, não são atendidos. Assim, ao menos em Bobbio, a teoria das regras do jogo não é puramente técnica, estranha aos problemas éticos de valores. Mas quais seriam esses valores? “No parágrafo final de O futuro da democracia, Bobbio enumera explicitamente quatro desses valores: tolerância, não violência, renovação da sociedade através do livre debate e fraternidade” (BOVERO, 2015, p.39).

Para Bobbio, a grande ameaça da paz mundial é a intolerância e o fanatismo, sendo que as ridicularizadas regras formais



da democracia são as que efetivamente introduzem regras de convivência sem recurso à violência, nas quais o adversário político não é inimigo, mas um opositor que poderá vir a ocupar o poder. Desse modo, somente a democracia é capaz de fazer revoluções silenciosas, a partir da alternância de poder e da possibilidade de tomada efetiva dele por grupos minoritários. É nesse sentido, por exemplo, que ocorreu a maior revolução dos últimos tempos, feita em ambiente democrático, que foi a transformação das relações entre os sexos (BOBBIO, 1997b, p. 41).

### **3 DEMOCRACIA E RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS: FUNDAMENTO MATERIAL DAS REGRAS DO JOGO**

Do ponto de vista material, Bobbio (1997b, p.19) identifica a democracia com o respeito aos direitos invioláveis do indivíduo. Eles são os pressupostos necessários para a incidência dos mecanismos procedimentais que delineiam o sistema democrático, e sem os quais o procedimento não serve como efetivo garantidor os valores éticos da democracia. Mesmo em uma definição mínima de democracia, não bastam as regras procedimentais, ou apenas o direito de participação em eleições. Há que se ter, ainda, os direitos de liberdade, de opinião, de expressão, de reunião e de associação, que são base do Estado liberal e fundamentos do Estado de direito em sentido forte (BOBBIO, 1997b, p.19).

Para análise do fundamento dos direitos humanos, Bobbio parte de três premissas básicas. Em uma primeira abordagem, diz que o termo direitos humanos é vago e as definições dele derivadas são tautológicas, como a que diz que “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem” ou “Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado” (BOBBIO, 2004, p.13). Em um segundo momento, afirma que os direitos humanos são variáveis, pois “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas” (BOBBIO, 2004, p.13). Por fim, enfoca o caráter heterogêneo dos direitos humanos. “Nesse caso, não se deveria

falar de fundamento, mas de fundamentos dos direitos do homem, de diversos fundamentos conforme o direito cujas boas razões se deseja defender” (BOBBIO, 2004, p.13). Bobbio reconhece, de forma explícita, que é impossível fundar os direitos humanos em uma base absoluta.

É inegável que existe uma crise dos fundamentos. Deve-se reconhecê-la, mas não tentar superá-la buscando outro fundamento absoluto para servir como substituto para o que se perdeu. Nossa tarefa, hoje, é muito mais modesta, embora também mais difícil. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto — empreendimento sublime, porém desesperado —, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis (BOBBIO, 2004, p.16).

Nesse aspecto, Bobbio tece críticas aos *jusnaturalistas*, que colocaram alguns direitos acima de qualquer refutação, derivados diretamente da natureza humana, mas se esquecendo de que a natureza humana é bastante frágil para ser o único alicerce de direitos irresistíveis (BOBBIO, 2004, p.12). Além do mais, as circunstâncias históricas e sociais bem demonstram a fluidez da ideia de direitos universais e absolutamente reconhecíveis. Os direitos humanos, para Bobbio (2004, p.13), são construídos de forma jurídica e histórica, e não natural. É por isso que a expressão “direitos do homem”, se utilizada de forma genérica, não faz sentido, pois não existe um “homem” único, atemporal, razão pela qual torna-se necessária a especificação dos direitos, ou seja, que as pretensões dos grupos de pressão social sejam expressamente reconhecidas, como ocorreu, por exemplo, em relação às mulheres (BOBBIO, 2000, p.482).

A natureza do homem é um conceito escorregadio e a definição de direitos humanos, nesse sentido, é problemática, pois os direitos humanos mudam historicamente, não só na sua quantidade, como no seu conteúdo, como ocorreu, no último aspecto, com a propriedade. Além disso, reconhecer que os direitos humanos são absolutos é criar contradição entre direitos diferentes invocados por sujeitos distintos, sendo que, na linguagem do absoluto, levaria à necessária exclusão ou prevalência de um sobre o outro (BACELLI, 2013, p.108).

Bobbio posiciona-se contra os argumentos filosóficos que definem os direitos humanos a partir de um fundamento absoluto.

Nesse aspecto, trava diálogo com Giuliano Pontara, que defende que existem preferências humanas fundamentais, que são condições necessárias para a realização de qualquer aspiração humana. Assim, o direito à vida, à saúde e a autonomia individual são baseados em três preferências sem as quais nenhum ser humano pode existir (BACELLI, 2013, p.109).

Ao responder Pontara, Bobbio diz que a sua posição parte de uma suposta natureza racional do homem que não tem nenhuma prova histórica, mesmo porque se isso fosse tão incontestável, as suas preferências seriam sempre racionais, e, portanto, o problema dos direitos humanos seria um falso problema. Além disso, não há nenhuma relação entre preferências universais e direitos humanos reconhecidos, sendo questionável inclusive se existem as tais preferências universais. E mais: se um ser humano é racional, pode querer negar as preferências, por exemplo, por mero deleite pessoal? Bobbio, então, reforça a indeterminação dos direitos humanos, como ocorre com o direito à vida, que possui intrincadas repercussões em discussões referentes ao aborto e à eutanásia (BACELLI, 2013, p.109).

Para a crítica da fundamentação absoluta dos direitos humanos, Bobbio retoma o Kant de *A Paz Perpétua*, com a ideia da constante evolução do gênero humano, embora com feição menos metafísica e mais concreta, do ponto de vista da positivação dos direitos, como se verá. Bobbio separa o conceito de história empírica, própria dos historiadores, da história profética, que é objeto justamente da Filosofia Política. É nesse último sentido que Kant entende a história da humanidade como uma busca constante do bem ao melhor. No contexto histórico vivido por Kant, é a Revolução Francesa que revela a tendência de melhoria moral da humanidade, tendência esta consubstanciada na afirmação de um direito natural de cada povo de se dar a constituição civil que creia ser boa, e que, nesse ponto, só pode ser a republicana, única capaz de impedir a guerra.

Para Kant (2008, p. 10), a paz não é um estado natural do homem, que está mais para um estado de guerra, já que há constante animosidade, ainda que não declarada. O estado de paz deve, então, ser construído, pois a trégua com um vizinho não significa paz, mas apenas ausência momentânea de guerra. Embora Kant soubesse que mola do progresso não era a calma, mas o conflito, dizia

que o antagonismo altamente destrutivo fazia nascer a necessidade de disciplina do conflito, para que se chegasse a um ordenamento universal (BOBBIO, 2004, p.125). A construção, assim, da paz, em Kant, deve ser fundamentada em três pilares básicos: a constituição de todo Estado civil deve ser republicana<sup>9</sup>; O direito das gentes deve fundamentar-se em uma federação de Estados livres<sup>10</sup>; o direito cosmopolita deve limitar-se às condições da hospitalidade universal<sup>11</sup>.

Para chegar à paz perpétua, Kant cria, ao lado do direito público interno (República) e do direito público externo (Federação), um terceiro direito, o *jus cosmopoliticum*, o direito cosmopolita de hospitalidade universal. Tal direito é desmembrado em outros dois: o de hospitalidade e o de visita, sendo que os dois também representam, em outra visão, deveres para os seus destinatários (BOBBIO, 2004, p.58).

Nesse ponto, parte o filósofo de Koniguisberg para um in-comum, até mesmo nos dias atuais, protagonismo do indivíduo no plano das relações internacionais, em sentido distinto do Direito Internacional, ou Direito da Gentes, voltado para as questões que envolvem os Estados. Trata-se a hospitalidade universal do direito do estrangeiro em não ser tratado hostilmente pelo fato de estar em território alheio. Enquanto um estrangeiro se comporta de forma amistosa, deve ser respeitado em seu direito de visita, em virtude do direito de propriedade comum da terra. Para Kant, o direito cosmopolita, ao garantir direitos fora do espaço do Estado de origem, traz como resultado que a violação de um direito em um ponto do planeta repercute em todos os outros locais, sendo um complemento

9 “A constituição fundada, primeiro, segundo os princípios da liberdade dos membros de uma sociedade (enquanto homens); em segundo lugar, em conformidade com os princípios da dependência de todos em relação a uma única legislação comum (enquanto súditos); e, em terceiro lugar, segundo a lei da igualdade dos mesmos (enquanto cidadãos), é a única que deriva da ideia do contrato originário, em que se deve fundar toda a legislação jurídica de um povo – é a constituição republicana” (KANT, 2008, p.11).

10 “Os Estados com relações recíprocas entre si não têm, segundo a razão, outro remédio para sair da situação sem leis, que a simples guerra implica, senão o de se acomodar a leis públicas coativas, do mesmo modo que os homens singulares entregam a sua liberdade selvagem (sem leis), e formar um Estado de povos (*civitas gentium*), que (sempre, é claro, em aumento) englobaria por fim todos os povos da Terra” (KANT, 2008, p.19).

11 “Deste modo, partes afastadas do mundo podem entre si estabelecer relações pacíficas, as quais acabarão por se tornar legais e públicas, podendo assim aproximar cada vez mais o género humano de uma constituição cosmopolita” (KANT, 2008, p.20).

da paz perpétua (KANT, 2008, p.20).

Assim, a hospitalidade garante que um estrangeiro não seja tratado com hostilidade, o que implica em condenação das práticas de piratas e saqueadores; de outro lado, o direito de visita implica que todos façam parte de uma sociedade universal, mas também impede que o hóspede se valha da hospitalidade para transformar a visita em conquista. Nesse último ponto, a ideia kantiana de paz perpétua rechaça o colonialismo, ao contrário de Hegel, que tanto ironizou a “paz perpétua” que acabou por justificar a expansão colonial (BOBBIO, 2004, p.126).

A ideia de Kant, na paz perpétua, de que os indivíduos singulares, e não apenas os Estados, são sujeitos internacionais, para Bobbio, é claramente influenciadora da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, embora Kant nunca tenha tratado de um elenco escrito de direitos.

É fato hoje inquestionável que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, colocou as premissas para transformar também os indivíduos singulares, e não mais apenas os Estados, em sujeitos jurídicos do direito internacional, tendo assim, por conseguinte, iniciado a passagem para uma nova fase do direito internacional, a que torna esse direito não apenas o direito de todas as gentes, mas o direito de todos os indivíduos. Essa nova fase do direito internacional não poderia ser chamada, em nome de Kant, de direito cosmopolita? (BOBBIO, 2004, p.60).

Nesse ponto, do elenco escrito de direitos, aparece a principal crítica de Bobbio acerca da paz perpétua em seu sentido idealista, baseado apenas em valores. Bobbio (2004, p.19) identifica a democracia com o respeito aos direitos invioláveis do indivíduo. Na verdade, o critério material de distinção de regime democrático, a saber, o respeito aos direitos do homem, efetivamente só pode ocorrer a partir do momento em que esses são protegidos por uma ordem jurídica, a partir de sua positivação. Essa positivação, em um primeiro momento ocorrida no seio dos Estados nacionais, a partir das

constituições, só é plenamente completada com a sua consagração em plano internacional, com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que delineia um sentido universal de democracia em sentido material. Com a Declaração de 1948, os direitos humanos passam a ser, ao mesmo tempo, universais, por não serem destinados a cidadão de determinado Estado, mas a todos os homens, e positivos, já que não apenas proclamados ou reconhecidos retoricamente, mas efetivamente protegidos até contra o próprio Estado que os tenha violado (BOBBIO, 2004, p.19).

A Declaração Universal, assim, é a síntese e o fundamento de um movimento dialético, iniciada pela universalidade abstrata dos direitos naturais e que termina na universalidade não mais abstrata, mas também concreta, dos direitos positivos universais. O sentido da Declaração não só como síntese, mas também como fundamento do processo dialético, demonstra que a Declaração Universal é apenas o início de um longo processo, aberto, cuja realização final ainda não somos capazes de ver, pois, com relação ao conteúdo, a Declaração não pode apresentar nenhuma pretensão de ser definitiva (BOBBIO, 2004, p.20). É que os direitos do homem são históricos, emergindo das lutas e transformações das condições de vida.

A existência dos direitos do homem não pertence a um homem abstrato, subtraído da história, essencial e eterno, com conhecimento de seus direitos e deveres. Os direitos humanos não são produto da natureza, mas da civilização humana, ou seja, são mutáveis, podendo ser transformados ou ampliados. A Declaração Universal dos Direitos Humanos é, então, um ponto de partida para uma meta progressiva de proteção dos direitos humanos e ao, ao mesmo tempo, um ponto de parada em relação os direitos já proclamados, em um processo não concluído. “É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre” (BOBBIO, 2004, p.20).

Bobbio diz que o problema dos fundamentos dos direitos humanos, que não pode ter como base um conceito absoluto, tem sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. E isso porque, ao serem rechaçados os fundamentos absolutos, como a natureza humana, somente a aceitação apoiada no consenso, e em determinado período histórico, pode ser

considerada como fundamento dos direitos humanos em um sentido universal, não absoluto e provisório. Com a Declaração, um sistema de valores é, pela primeira vez na história, elencado em documento escrito fruto de um consenso sobre sua validade e sua capacidade de obrigar os sujeitos internacionais. Essa universalidade dos valores é posta no único sentido em que é legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo absoluto, mas algo acolhido como consenso por uma reunião dos homens. Esse universalismo foi uma lenta conquista (BOBBIO, 2004, p.18).

Nesse sentido, da inexistência de um fundamento absoluto dos direitos humanos, a Declaração de 1948 pode ser entendida, em parte, como o consenso evolutivo kantiano, do progresso da humanidade, mas positivado e estendido por todas as outras declarações de direitos posteriores. Nesse ponto, os direitos humanos, hoje, não precisam mais tanto de afirmação, mas de efetiva aplicação. O problema dos direitos humanos não é saber quantos e quais e são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são naturais ou históricos, mas sim qual o modo mais seguro para garanti-los<sup>12</sup> (BOBBIO, 2004, p.17). Bobbio realça a importância da dimensão jurídica dos direitos, ou seja, da dimensão coercitiva e impositiva da norma.

“Direito” é uma figura deontica e, portanto, é um termo da linguagem normativa, ou seja, de uma linguagem na qual se fala de normas e sobre normas. A existência de um direito, seja em sentido forte ou fraco, implica sempre a existência de um sistema normativo, onde por “existência” deve entender-se tanto o

---

12 “Dessas análises, Bobbio inferiu importante corolário prático: o que é relevante para a realização concreta dos direitos humanos não é a prova da sua fundamentação filosófica e validade universal. Aliás, essa demonstração correria o risco de tornar intolerante e agressiva a própria doutrina dos direitos. Aquilo que realmente conta é que os direitos humanos gozem de amplo consenso político e que se difunda a “linguagem dos direitos” como expressão de expectativas e de reivindicações sociais, incluindo as novas expectativas e as novas reivindicações que pretendem elevar-se ao papel de “novos direitos”. Às vezes, com boas razões, elas tendem a prevalecer sobre os direitos humanos tradicionais, como é o caso, por exemplo, da luta pelos direitos das mulheres, que em alguns países já derrotou uma tradição patriarcal milenar, e como é o caso dos “novos direitos” relativos às relações sexuais, matrimoniais e reprodutivas. Segundo Bobbio, esse processo de evolução e expansão dos direitos humanos pode ser considerado, apesar de seus limites e dificuldades, um dos principais indicadores do progresso histórico da humanidade” (ZOLO, 2011, p.40).



mero fato exterior de um direito histórico ou vigente quanto o reconhecimento de um conjunto de normas como guia da própria ação. A figura do direito tem como correlato a figura da obrigação [...]. Do ponto de vista de um ordenamento jurídico, os chamados direitos naturais ou morais não são propriamente direitos: são apenas exigências que buscam validade a fim de se tornarem eventualmente direitos num novo ordenamento normativo, caracterizado por um diferente modo de proteção dos mesmos. Também a passagem de um ordenamento para outro é uma passagem que ocorre num determinado contexto social, não sendo de nenhum modo predeterminada (BOBBIO, 2004, p.38).

É por isso que, em Bobbio, os direitos humanos necessitam de coercibilidade. Apenas códigos morais, como os derivados do direito natural, não são capazes de garantir os direitos fundamentais. Como exemplo, o direito das mulheres votarem só passou a ser efetivamente incontestado quando a legislação positiva o acolheu de nada valendo, onde tal direito ainda é restringido, alegações com base na natureza humana (BOBBIO, 2004, p.39). No plano internacional dos direitos humanos, a questão que se coloca como primordial é o caráter fraco do sistema de proteção, no que se refere à exigência de obediência e proteção aos direitos do homem, ao contrário do que ocorre nos Estados nacionais não despóticos. No sistema internacional inexistem condições para que os direitos humanos possam ser direitos em sentido forte, no sentido de sua exigência coativa. E isso porque a aplicabilidade dos direitos humanos não é condição necessária para que um Estado pertença à comunidade internacional, além de ser inexistente, no plano internacional, um poder comum forte para prevenir ou reprimir a violação dos direitos reconhecidos nos documentos internacionais (BOBBIO, 2004, p.39).

Nesses termos, para que os direitos humanos possam ser assegurados, é necessária a ligação entre a ordem interna dos Estados e a ordem externa internacional. A interligação entre democracia os direitos humanos, nos Estados nacionais, é que cria a condição de paz no plano mundial (LAFER, 2013, p.134). Se a democracia requer a obediência às regras do jogo, e se o Estado de direito em sentido forte não é indiferente a valores, somente a proteção, pela ordem jurídica interna, dos direitos humanos, é capaz de dar um sentido substancial à democracia. Isso enquanto ausente a coercibi-



lidade no plano internacional, ou inexistente tutela jurisdicional internacional que possa dar efetividade à tutela nacional, como ocorre na Europa, com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, e o que passa a ocorrer na América Latina, com a aplicação do Pacto de San José da Costa Rica (LAFER, 2013, p.138).

## **4 CONCLUSÃO**

O modelo procedimental bobbiano é dotado de valores relativos ao conteúdo, com fundamento no liberalismo e na democracia. A narrativa sobre a democracia não pode ser completada se não se dá conta de que a democracia como forma de governo, baseada nas instituições e mecanismos formais, deve ser caracterizada, ainda, pelos fins ou valores levados em conta para distingui-la não só formalmente, mas também no seu conteúdo, calcada, sobretudo, na igualdade, inclusive a social e a econômica (BOBBIO, 1997a, p.157). O conteúdo mínimo do estado democrático não foi reduzido: garantias dos direitos de liberdade, partidos em concorrência entre si, eleições periódicas, decisões coletivas ou concordadas (BOBBIO, 1997b, p.40).

Na filosofia bobbiana, direitos humanos e democracia são elementos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos humanos reconhecidos e protegidos, não é possível falar-se em democracia.

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo (BOBBIO, 2004, p.7).

Como coloca Desplats (2013, p.144), a democracia e os direitos humanos, em Bobbio, apresentam uma “indissociabilidade programática”. A relação entre eles é dialética, pois os direitos servem à democracia, que por outro lado, é o único regime capaz

de protegê-los. Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários no mesmo contexto histórico, pois sem direitos humanos reconhecidos e protegidos não há democracia, e sem democracia não é possível a resolução pacífica dos conflitos. É que os súditos só se tornam cidadãos quando passam a ser detentores de direitos fundamentais, e a paz em sentido universal só será concreta com um conceito mundial de cidadania, com base nos direitos humanos (BOBBIO, 2000, p. 57). “É promovendo e garantindo os direitos humanos- o direito à vida, o direito às liberdades fundamentais, os direitos sociais que asseguram à sobrevivência- que se enfrentam as tensões que levam à guerra e ao terrorismo” (LAFER, 2013, p.136).

## REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Assis. *Bobbio na história das ideias democráticas*. Lua Nova, 2006 n.68, p.123-145.

\_\_\_\_\_. As duas concepções de democracia de Bobbio: a ética e a procedimental. In: TOSI, Giuseppe (Org.). *Norberto Bobbio, Democracia, direitos humanos, guerra e paz*. João Pessoa:Universitária, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

\_\_\_\_\_. *As ideologias e o poder em crise*. Brasília, UnB, 1999.

\_\_\_\_\_. *Entre duas Repúblicas*. Às origens da democracia italiana. Brasília: UnB, 2001.

\_\_\_\_\_. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997 a.

\_\_\_\_\_. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2006.

\_\_\_\_\_. *O futuro da democracia*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra,

1997b.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral da Política*. São Paulo: Campus, 2000.

BOVERO, Michelangelo. *Para uma teoria neobobbiana da democracia*. São Paulo: FGV Direito, 2015.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutvhuik de. *O diálogo democrático*: Alan Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba: Juruá, 2011.

CORTIZO, María del Carmen. *Socialismo e democracia*: Bobbio e os marxistas italianos. *Sociologias*, 2015, vol.17, no.38, p.254-279.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. Norberto Bobbio e os direitos humanos: Democracia e sentido da história. Trad. Laís Vieira Araújo/Giuliana Dias Vieira. Rev. Giuseppe Tosi. In: TOSI, Giuseppe (org.). *Norberto Bobbio – democracia, direitos humanos, guerra e paz*, vol. 2. João Pessoa: UFPB, 2013, pp. 139-158.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua*. Um Projecto Filosófico. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008. Disponível em [http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_immanuel\\_paz\\_perpetua](http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua). Acesso em 01 out.2017.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. *Norberto Bobbio: trajetória e obra*. São Paulo: Perspectiva, 2013.

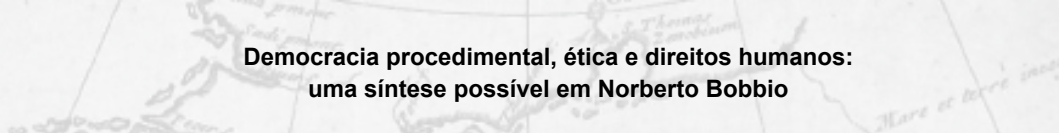
MEAGLIA, Piero. *Bobbio e la democrazia: le regole del gioco*. San Domenico di Fiesole: Edizioni Cultura della Pace, 1994.

POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1974.

PORTINARO, Pier Paolo. **Norberto Bobbio, Filósofo da “Itália Civil”**. In TOSI, Giuseppe (Org.). *Norberto Bobbio, democracia, direitos humanos, guerra e paz*, vol.I. João Pessoa: Universitária,

2013.

SALATINI, Rafael. *Norberto Bobbio - do fascismo à democracia: os regimes, as ideologias, os personagens e as culturas políticas*. In BOVERO, Michelangelo (Org.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.



**Democracia procedimental, ética e direitos humanos:  
uma síntese possível em Norberto Bobbio**



# Reflexão sobre um caso concreto a partir da concepção de dever de Immanuel Kant: como as teorias de justiça podem contribuir para a aplicação do direito positivado

Graziela Belmok Charbel

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende fazer uma análise da aplicação da teoria do dever de Immanuel Kant em um caso concreto, aqui narrado com nomes criados.

Muito se percebe que a solução de problemas complexos pode gerar dúvida na aplicação do direito positivado. Assim, por que não investigar as teorias da justiça pensadas por renomados filósofos para contribuir com a construção do raciocínio?

Aqui se pretende investigar se a teoria da justiça de Kant, especialmente na perspectiva do dever, é capaz de apresentar uma resposta, ou orientar o raciocínio para a aplicação do direito, ao que seria justiça no caso em estudo.

É com esse intuito que o presente artigo se desenvolve; promover uma interpretação do caso a partir da teoria da justiça de Immanuel Kant.

O breve estudo se desenvolverá, no primeiro capítulo, com a explanação do caso concreto e a apresentação de algumas teses jurídicas que conflitam no direito positivo atual.

Em seguida, apresentar-se-á, em síntese, a teoria de Kant e sua construção, apresentando o que é a concepção do dever para o filósofo. Não se pretende, tampouco seria possível em poucas páginas, resumir a teoria de Kant, esgotando-a por completo.

Por fim, no terceiro capítulo far-se-á a análise das condutas pela perspectiva do dever de Kant, avaliando se as condutas pode-

riam ser consideradas justas a partir dessa perspectiva.

## 2 CASO CONCRETO E A POSSÍVEL APLICAÇÃO DO DIREITO POSITIVADO

O caso envolve duas pessoas jurídicas, mas que aqui serão tratadas pela perspectiva de seus representantes. A primeira delas, a fornecedora de serviços “Dinheiro Seguro”. Em oposição está o posto de gasolina “Posto Mais”.

A relação comercial entre os representantes das empresas se iniciou com o oferecimento dos serviços do “Caixa Fácil”, equipamento de cofre seguro que permite o depósito de numerários durante o expediente comercial, com a facilidade de recebimento dos valores em conta bancária em tempo real ou ao final do dia, a depender da opção do cliente.

A máquina, portanto, identificaria os numerários depositados e transferiria os valores para a conta bancária do cliente no mesmo dia. Os numerários depositados ficariam no cofre sob a guarda e integral responsabilidade de “Dinheiro Seguro” até posterior coleta. Naturalmente, tais numerários se destinariam a restituir os valores “antecipados” pela “Dinheiro Seguro”.

Ocorre, todavia, que após algum tempo de prestação, o serviço apresentou defeito. Aparentemente, o representante da “Dinheiro Seguro” passou a fazer o depósito em duplicidade dos valores para o representante do “Posto Mais”. Ou seja, a transferência dos valores era feita ao final do dia comercial e novamente após recolhimento e conferência dos numerários depositados no Caixa Fácil pelo representante da “Dinheiro Seguro”.

O representante da “Dinheiro Seguro”, então, ajuizou ação contra “Posto Mais” pedindo a restituição de valores que alcançavam cerca de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), acumulados durante meses de prestação do serviço com supostos pagamentos em duplicidade.

Um detalhe que se faz importante mencionar: o representante da “Posto Mais”, ao verificar que a contabilidade não estava fechando – que alegava não conseguir identificar onde estava o erro nas contas –, questionou ao representante da “Dinheiro Seguro” se poderia haver algum erro na prestação do serviço. Na época, este



respondeu que a prestação dos serviços estava acontecendo perfeitamente e prosseguiu com os depósitos a maior.

No âmbito do processo, de um lado o representante da “Dinheiro Seguro” alega que a restituição do dinheiro é devida, pois seria enriquecimento sem causa do “Posto Mais”, conduta regulada pelo art. 884, do Código Civil Brasileiro<sup>6</sup>.

De outro lado, o representante do “Posto Mais” alega haver defeito na prestação do serviço<sup>7</sup> e, desse modo, a cobrança seria venire contra factum proprium. Nessa perspectiva, o representante da “Dinheiro Seguro” teria quebrado a segurança que se esperava de seus serviços, fazendo com que o posto gozasse dos valores ali depositados – alegadamente sem conhecimento à época de que havia depósito a maior – para posteriormente cobrar vultosa quantia, importando em prejuízo ao posto.

Evidentemente que existem diversas outras teses jurídicas aplicáveis ao caso, porém será feito este recorte para fins de desenvolvimento do estudo.

Diante dos argumentos jurídicos apresentados, ambas as partes teriam respaldo no direito positivado para justificar sua posição. Assim, buscando avaliar o que seria justiça no caso concreto, depara-se com a teoria de Immanuel Kant, que a seguir passa-se a expor brevemente.

---

6 Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

7 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. [...]

### 3 BREVE EXPLANAÇÃO DA TEORIA DA JUSTIÇA POR IMMANUEL KANT

A fim de expor a teoria de forma “resumida”, as ponderações a seguir feitas serão baseadas na interpretação de Kant feita por Michael J. Sandel (2019, p. 133-174) em seu livro *Justiça: o que é fazer a coisa certa*.

A teoria de Immanuel Kant tem como um de seus pilares a liberdade. Em sua concepção, a liberdade é exercida por um indivíduo quando age de forma autônoma; trata-se da maneira de Kant de sustentar que os fins não justificam os meios. A liberdade está presente quando a ação/conduita é um fim em si mesmo.

Sandel (2019, p.142) vai dizer que “quando agimos com autonomia obedecemos a uma lei que estabelecemos para nós mesmos, estamos fazendo algo por fazer algo, como uma finalidade em si mesma.”

A capacidade de agir de forma autônoma decorre da racionalidade. Kant afirma que por ser racional, o homem é capaz de distinguir os desejos, instintos e criar, para si, uma lei própria, um dever auto imposto, que seja pensado de forma autônoma; estipular o que é um dever moral independente dos desejos, instintos, consequências desse ato.

A partir desse entendimento é que Kant alcança a ideia de dever. Kant afirma que “apenas o cumprimento do dever confere valor moral a uma ação [...] (SANDEL, 2019, p.144). Ou seja, quando o meio (motivo) é pautado no dever, a ação é moral. Todavia, quando o meio é apenas um instrumento para se alcançar algum fim em específico (interesse, desejo, conveniência, etc.), a ação não é moral.

As concepções de imperativo categórico e imperativo hipotético de Kant deixam mais clara essa influência da razão sobre as ações.

Pelo imperativo hipotético, a ação é condicionada: para atingir determinado objetivo, a conduta deve ser uma, aqui a ação não será moral. No imperativo categórico, a ação é incondicionada, exatamente o oposto do imperativo hipotético. Aqui a conduta é exercida tão somente por existir um dever que a impõe, independente das consequências que por meio dela poderiam ser alcançadas.

O imperativo categórico, pensado por Kant, deve passar

pelo teste da universalização e pela concepção de que a humanidade, as pessoas são um fim em si mesmo. Dessa forma, ao avaliar a lei auto imposta, o indivíduo deve analisar se esta lei seria aceita universalmente, a fim de verificar se a lei decorre de vontades e desejos próprios ou se é, verdadeiramente, autônoma.

Diante dessa perspectiva, ousa-se afirmar que o dever em Kant é um princípio (lei) auto imposto pelo indivíduo, autônomo e universalizável, com a finalidade de reger suas condutas de forma moral.

Sem destoar dessa compreensão, oportuno também perpassar pelo pensamento de Kant sobre o direito, que traduzido pelas palavras de Silvestre (2016, p. 575-576):

Em Kant, o Direito aparece como um delineamento de fronteiras que se impõe pela coerção, constituindo-se num instrumento regulador das ações externas para tornar possível a coexistência de homens, permitindo a coexistência das liberdades de todos de acordo com uma lei universal.

De acordo com a leitura do Autor, portanto, a noção de direito está intimamente ligada com a necessidade de assegurar que as pessoas não ajam em excesso de suas liberdades, a ponto de afetar a liberdade de outrem. É instrumento que visa a assegurar o equilíbrio da convivência em sociedade.

Diante da breve noção sobre a teoria de Kant ora apresentada, torna-se possível a tentativa de aplicar a concepção de dever ao caso concreto, como se demonstrará no tópico seguinte.

## **4 O CASO CONCRETO A PARTIR DA CONCEPÇÃO DE DEVER EM KANT**

O caso narrado a partir do direito positivo pode parecer apresentar uma solução óbvia no sentido de que o enriquecimento sem causa não pode prevalecer. Igualmente, buscando a aplicação da teoria de Kant, o dever ali expresso parece ser claro.

Na posição do representante do “Posto Mais”, vale dizer: é sempre certo que um indivíduo se aproprie de um dinheiro quando não deu causa para auferi-lo?

Já na posição do representante da “Dinheiro Seguro”, cabe indagar: é sempre correto imputar a outrem as consequências/res-

ponsabilidades pelos próprios erros? Ou, de outro modo, é sempre correto deixar de assumir responsabilidade pelos próprios erros?

Ao imaginar o que pensaria Kant sobre tais indagações, acredita-se que não poderiam ser consideradas morais. Isto, pois não é possível universalizá-las.

Nessa perspectiva, uma solução que parecia ser “óbvia” sob a ótica do direito positivado pode se mostrar um pouco mais complexa quando aprofundada a reflexão sobre o caso valendo-se das teorias de justiça. Nesse caso, a teoria de Immanuel Kant.

Partindo para a concepção de direito de Kant, uma solução que apenas determinasse ao posto que restituísse o dinheiro deixaria sem resposta o representante da “Dinheiro Seguro”, portanto, permitindo que extrapole sua liberdade de comercializar serviços, o que afetou a liberdade de outrem.

Do mesmo modo, é difícil imaginar uma solução que permita que o representante do posto se enriqueça injustificadamente e às expensas do representante “Dinheiro Seguro”, ainda que não tenha agido de forma comissiva ou mesmo omissa, por ter questionado sobre a possibilidade de algum equívoco nos depósitos.

A reflexão, portanto, permite ao operador do direito imaginar tantas outras soluções jurídicas que pudessem equalizar a situação e buscar uma solução mais justa. A exemplo, poderia se utilizar da teoria do dever de mitigar o prejuízo, promover a análise econômica do direito, dentre outras.

Ademais, é possível partir da perspectiva da teoria da justiça de outros filósofos, o que permitirá vários olhares sobre um mesmo fato, enriquecendo a compreensão da lide.

## 5 CONCLUSÃO

O objeto do estudo buscou partir da análise de um caso concreto para demonstrar as diferentes percepções que podem ser alcançadas a partir do estudo das diversas teorias da justiça, aqui representada pela teoria de Immanuel Kant.

Não há pretensão de esgotar o tema, tampouco demonstrar cabalmente a justa aplicação do direito, mas fomentar o esforço reflexivo a partir de elementos que ultrapassam o cotidiano dos operadores do direito quando debruçados sobre uma lide.

O caso apresentado é baseado em uma demanda real, em que os debates comumente concluíam que o Posto deveria devolver o dinheiro em sua integralidade e sem maiores considerações. Todavia, deixava-se de analisar a conduta da empresa “Dinheiro Seguro”.

Ora, será que a melhor interpretação do direito é aceitar que uma empresa que se coloca no mercado com o objetivo de auferir lucro por meio da prestação de serviços possa fazê-lo sem a cautela necessária?

A segurança que era objeto do marketing do serviço foi exatamente a penalidade do posto, que se sucumbir na demanda terá de pagar, de uma só vez, aproximadamente 2 (dois) milhões de reais que, supostamente, não teria conhecimento que excediam em sua conta a cada mês.

Ou ainda que tivesse conhecimento, ainda assim a conduta da empresa “Dinheiro Seguro” estaria justificada mesmo após ao questionamento do Posto sobre a possibilidade de existir algum erro?

As indagações que surgem podem ser melhor aproveitadas quando analisadas a partir da perspectiva de teorias da justiça desenvolvidas por grandes filósofos e que, sempre que possível, deveriam ser lembradas para enriquecer os diversos debates do mundo jurídico e do cotidiano.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 20 jul. 2019.

SANDEL, Michael J. O que importa é o motivo/Immanuel Kant. In: \_\_\_\_\_, *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2017. 26. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A Teoria do Direito em Kant: aspectos relevantes e atuais. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Lisboa, n. 6, p. 563-588, 2016.



**Reflexão sobre um caso concreto a partir da concepção  
de dever de Immanuel Kant**





# Análise da teoria utilitarista aplicada ao instituto da colaboração premiada

Jordan Tomazelli Lemos

## 1 INTRODUÇÃO

A aplicação do utilitarismo no direito penal poderia levar a uma simples constatação: a de que a aplicação de pena ao criminoso só causaria prejuízos a este, estando a sociedade satisfeita em razão de restar menos um agente delituoso nas ruas e de ser perquirido o caráter pedagógico da pena, em que se objetiva a não reiteração em crimes (caráter específico), além do receio de outros criminosos em serem igualmente punidos (caráter geral).

O instituto da colaboração premiada consiste num instrumento posto à disposição das autoridades públicas apto a angariar elementos probatórios a partir do auxílio de investigado em procedimento criminal, elementos estes que não seriam revelados em atividade isolada do Estado, haja vista a complexidade e ocultação de determinados crimes tipificados no direito pátrio.

Já no século dezoito Beccaria, em sua obra “Dos Delitos e das Penas” (1764), abordava a concessão de benefícios àqueles que colaborassem com a Justiça, esclarecendo que:

Alguns tribunais oferecem a impunidade ao cúmplice de um grande crime que trair os seus companheiros. Esse expediente apresenta certas vantagens; mas, não está isento de perigos, de vez que a sociedade autoriza desse modo a traição, que repugna aos próprios celerados [...].

O tribunal que emprega a impunidade para conhecer um crime mostra que se pode encobrir esse crime, pois que ele não o conhece; e as leis descobrem-lhe a fraqueza, implorando o socorro do próprio celerado que as violou. Por outro lado, a esperança da impunidade, para o cúmplice que trai, pode prevenir grandes crimes e reanimar o povo, sempre apavorado quando vê crimes cometidos sem conhecer os culpados. Esse uso motra ainda aos cidadãos que aquele que infringe as leis, isto é, as convenções públicas, já não é fiel às convenções particulares.<sup>6</sup>

O presente trabalho busca então, a partir da conceituação teórica do utilitarismo, explicar se a escolha legislativa em privilegiar determinados tipos penais com o instituto da colaboração premiada foi acertada, sob o aspecto da satisfação social na troca da punição de agentes criminosos pela recuperação de produto do crime ou desmantelamento de outros esquemas delituosos.

Surge também a dúvida acerca do dilema enfrentado pelo eventual colaborador, que se vê diante da obrigação de entregar seus antigos companheiros de crime, para que, a depender da situação fática, se veja livre da persecução penal pelo Estado.

Tal escolha leva em consideração diversos fatores, dentre eles a possível retaliação por parte dos agentes delatados, o que certamente irá influenciar na psique do investigado, que refletirá acerca das consequências extra-autos que irão advir de seu auxílio aos órgãos acusatórios.

## 2 TEORIA UTILITARISTA

A teoria utilitarista busca explicar, adotando certas premissas, a correção ou não de determinada conduta humana, ou seja, se a medida tomada seria moralmente admissível. Sandel explica em sua obra que o pressuposto utilitarista propõe que a moral consistiria em pesar custos e benefícios, devendo-se chegar ao senso de justiça a partir da vontade da maioria.

Segue lavra:

---

6 BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas, p. 29 Disponível em: [http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_08/e-books/dos\\_delitos\\_e\\_das\\_penas.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf). Acesso em 25 de jun. de 2018.

[...] a moral de uma ação depende unicamente das consequências que ela acarreta; a coisa certa a fazer é aquela que produzirá os melhores resultados, considerando-se todos os aspectos.<sup>7</sup>

Isto quer dizer que os motivos que levaram a determinada ação são irrelevantes para análise da justiça, só havendo importância quanto às consequências do ato, prevalecendo a máxima de que “os fins justificam os meios”.<sup>8</sup>

Valendo-se do filósofo Jeremy Bentham (1748-1832)<sup>9</sup>, fundador da doutrina utilitarista, Sandel elucida que “o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor”<sup>10</sup>

Tal premissa leva a conclusão de que o acerto na tomada de decisões é analisado sob a ótica de seus resultados, sendo que a utilidade é observada quando o ato gerar mais benefícios do que perdas ao indivíduo. Porém, a maximização da felicidade não se limitaria à cognição de uma única pessoa, já que a corrente utilitarista prega a mensuração dos prazeres em toda a coletividade, ou seja, a partir da observância de toda a população seria possível identificar a razão de ser de determinada conduta, não sendo possível a aplicação da teoria de forma egoísta.

A partir dessa constatação chega-se ainda ao uso institucional do utilitarismo, já que não se aplica apenas ao cidadão comum. Ou seja, atos legislativos devem se pautar na máxima felicidade da comunidade em geral, soma dos indivíduos que forma a sociedade.<sup>11</sup>

De acordo com a teoria utilitarista, seria considerada moralmente aceita uma norma que trouxesse o bem estar da comunidade em geral, entendida então como a maioria dos cidadãos integrantes da sociedade. Isto significa que eventuais normas que venham a prejudicar uma minoria, desde que estivessem beneficiando a maioria

7 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 47.

8 Guilherme, DOROCINSKI. Os fundamentos filosóficos do instituto da Delação Premiada. Revista *O mal-estar no direito*. Vol. 2. N. 2. Set. 2016, p. 52-53.

9 BENTHAM, Jeremy. *Introduction to the principles of morals and legislation* (1789), J. H. Burns e H. L. A. Hart, eds. (Oxford, Oxford University Press, 1996), cap. 1.

10 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 48.

11 *Ibidem*.

absoluta, não seriam criticadas no âmbito da justiça legislativa, haja vista que a soma dos prazeres concedidos aos indivíduos supera a dor suportada por parcela da população.

Isto fomenta forte crítica sofrida pelos utilitaristas, considerando que a busca pelas satisfações pode levar ao estaque da garantia aos direitos fundamentais para um indivíduo isolado.

Sandel explica que a primeira objeção aos teóricos utilitaristas vem da violação aos direitos humanos. Não poderia ser moralmente aceita uma conduta que, apesar de buscar maximizar a felicidade da maioria, é originária e depende do sofrimento de um único indivíduo.<sup>12</sup>

Buscando revisar a doutrina de Jeremy Bentham, John Stuart Mill<sup>13</sup> (1806-1873) reformulou a teoria a partir de ideias que preservassem a garantia aos direitos fundamentais. Sandel explica que “seu princípio central é o de que as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem, contanto que não façam mal aos outros.”<sup>14</sup>

Extraí-se então que os ideais de Mill indicavam uma menor interferência do Estado no âmbito privado, só sendo necessária a influência deste em condutas que atingissem terceiros, sem anuência.

Visando responder as críticas a sua teoria, Mill explica que a análise da justiça nas ações humanas não poderia ser feita de maneira casuística e imediata, no aspecto de suas consequências, mas sim a longo prazo. Isto porque uma decisão que violasse direitos fundamentais de uma minoria, apesar de demonstrar aparente felicidade à maioria em uma análise imediata, levaria à sociedade como um todo à infelicidade, se analisadas as consequências após um longo período histórico.<sup>15</sup>

Mill considerava então ser o respeito aos direitos humanos uma consequência lógica da aplicação utilitarista, não havendo se falar em crítica ao modelo por aceitar a violação de parcela mais vulnerável da população.

Apesar das considerações até então levantadas, Sandel conclui não ser o pensamento de Mill “a reelaboração do princípio de

12 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 51.

13 John Stuart Mill, *On liberty* (1859), Stefan Collini, ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 1989), cap. 1.

14 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 64.

15 *Ibidem*, p. 65.

Bentham, e sim uma renúncia a ele”<sup>16</sup>, já que a obra *On Liberty* apela para os ideais morais, que vão além dos utilitários.

### 3 COLABORAÇÃO PREMIADA

A técnica da colaboração premiada como meio para enfrentamento da criminalidade organizada, no Brasil, sofreu forte influência de Tratados e compromissos assumidos em âmbito internacional.

Exemplos de tais acordos são a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena de 1988, artigo 11, itens 1, 2 e 3), Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção da ONU de 2000, artigo 20) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção da ONU contra a corrupção de Mérida de 2003, artigo 50).<sup>17</sup>

Inaugurando a conceituação do instituto, assim leciona Renato Brasileiro:

Técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.<sup>18</sup>

Extraí-se então ser o colaborador motivado por benefícios que jamais poderiam ser alcançados com a simples confissão, haja vista que a análise desta em sua forma isolada permitiria tão somente a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, d) do Código Penal.

Isto porque a aplicação dos benefícios inerentes ao instituto depende da efetiva contrapartida do investigado em auxiliar o Esta-

16 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 66.

17 Sanctis, Fausto Martin De. *Crime organizado e lavagem de dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social*. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

18 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada: volume único / 4*. Ed. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 520

do na descoberta de novos criminosos, recuperação de ativos ilícitos ou outro requisito previsto em legislação extravagante.

Na legislação pátria, o art. 1º, §5º da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98) e o art. 41 da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) prescrevem benefícios penais ao agente criminoso que colaborar com as investigações. Porém, foi no art. 4º e seguintes da Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13) que o instituto da colaboração premiada ganhou maior robustez, contendo regramento que serve de base a toda sistemática envolvendo as negociações entre investigado e órgãos de acusação.

Consta então que poucos crimes, como aqueles envolvendo lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e organização criminosa, receberão tratamento de acordo com a colaboração premiada, não havendo, a priori, possibilidade de agentes que cometeram crimes diversos colaborarem com o Estado em troca de benefícios penais semelhantes aos previstos nas legislações citadas.

O termo “a priori” foi colocado porque a Lei nº 9.807/99 (Lei de Proteção à Testemunha), no ensinamento de Vinicius Vasconcellos<sup>19</sup>, teria generalizado a aplicabilidade do Instituto da colaboração premiada, podendo ser aplicado a qualquer espécie de delito.

Sustentando tal posição, o autor colaciona julgados do STJ<sup>20</sup> demonstrando que a Lei de Proteção à Testemunha expandiu a incidência do benefício premial, não havendo restrição à determinados delitos.

Constata-se que, apesar da preocupação de Stuart Mill em proteger direitos e garantias fundamentais, ainda que mantendo a aplicação da teoria utilitarista, não será necessário, no presente estudo, afastar os ideais de Bentham na aplicação da colaboração premiada, haja vista que, pelo menos a priori, o instituto premial como hoje está regulamentado não oferece violação a quaisquer dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

Tem-se então que garantias como contraditório e ampla defesa são oferecidas tanto ao colaborador, quanto à eventual delatado, sem contar que o direito ao silêncio é afastado pelo próprio investigado no momento em que concorda com as cláusulas a ele impostas, tendo em vista o caráter voluntário das declarações (art. 4º da Lei nº

19 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 74.

20 REsp 1.477.982; REsp 1.109.485; HC 97.509.



12.850/13).

## 4 A MORAL NA DELAÇÃO PREMIADA

Parte da doutrina entende ser a delação premiada, técnica da colaboração que consiste na revelação dos demais membros da organização criminosa, um método pela qual o Estado legitima e premia a falta de caráter do investigado, haja vista a situação de traição entre os criminosos, o que, em última análise, estaria violando valores ínsitos à ordem social.<sup>21</sup>

Renato Brasileiro, discordando do posicionamento retro, elucida ser o instituto da colaboração premiada de grande valia para o sistema acusatório estatal, sendo técnica (traição) institucionalizada sem a qual o desmantelamento de grandes organizações criminosas seria inviável.<sup>22</sup>

Também parece ser contraditória a menção da ética e da moral no ambiente delituoso, haja vista se valerem os agentes criminosos de condutas totalmente dissonantes com os valores pregados em sociedade.<sup>23</sup>

Neste sentido, Guilherme Nucci:

No contexto das pessoas de bem, sem dúvida, a traição é desventurada, mas não se pode dizer o mesmo ao transferir a análise para o âmbito do crime, por si só, desregrado, avesso à legalidade, contrário ao monopólio estatal de resolução de conflitos, regido por leis esdrúxulas e extremamente severas, totalmente distantes dos valores regentes dos direitos humanos fundamentais.<sup>24</sup>

21 CARVALHO, Natália Oliveira. A delação premiada no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 101; FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 221.

22 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada: volume único / 4*. Ed. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 522.

23 GRANZINOLI, Cassio M. M. A delação premiada. In *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 152.

24 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 603.

O dilema colocado à disposição do investigado é pautado na máxima de que os fins justificariam os meios, ou seja, o ato de entregar às autoridades públicas provas que incriminem antigos comparsas em delitos seria moralmente aceito em razão de duas consequências básicas: o Estado garantiria a punição de outros criminosos e o delator receberia benefícios penais em troca de seu auxílio, o que, apesar de parecer utópico, pode significar o arrependimento no crime, sendo cumprida então a função pedagógica do direito penal.

Valendo-se da teoria utilitarista, a análise da traição pelo investigado aos seus antigos companheiros no crime deveria se pautar no seguinte questionamento: o ato de entregar informações relevantes aos órgãos de acusação, recebendo em troca benefícios penais, levaria a um grau maior de felicidade - à população em geral - do que a simples punição do investigado?

Seria observado o grau de satisfação da sociedade com benefícios penais entregues ao colaborador, que poderiam chegar a seu grau máximo, qual seja, o perdão judicial. Em tese, tal circunstância seria um fator negativo à colaboração (senso de impunidade). Porém, também entraria na conta as consequências das informações obtidas pelos órgãos estatais, podendo se valer delas para punir outros agentes criminosos, dismantelar organizações criminosas, recuperar produto de crime, dentre outros resultados que, em análise última, são positivos e de interesse da sociedade.

Valendo-se do interesse econômico de Bentham, certamente faria mais sentido perdoar os ilícitos cometidos por uma pessoa para que se possa punir os ilícitos, na maioria das vezes ainda mais graves, praticados por um número maior de indivíduos.

Também entraria na conta de Bentham os indivíduos que ficariam totalmente insatisfeitos com a colaboração premiada, como por exemplo os familiares e demais integrantes da organização criminosa cujo esquema fora revelado. Ocorre que certamente tal numerário não ultrapassaria a quantidade de pessoas favoráveis aos resultados obtidos, razão pela qual, sob o ponto de vista do utilitarismo, seria moralmente aceito o instituto da delação premiada.

Por fim, a atenção puramente patrimonial do instituto também faria sentido sob a ótica utilitarista, haja vista ser financeiramente vantajoso isentar um investigado da persecução penal em troca da recuperação de ativos financeiros, que poderiam ser utilizados



futuramente no âmbito da saúde, educação, segurança, etc.

## **5 ESCOLHA LEGISLATIVA: RESTRIÇÃO NO USO DA COLABORAÇÃO PREMIADA**

Conforme já exposto no presente trabalho (item 3), poucos crimes como àqueles envolvendo lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e organização criminosa prescrevem dispositivos específicos que premiam o investigado pelo seu auxílio qualificado.

Ainda que considerada a expansão do uso do instituto a qualquer crime, por disposição da Lei nº 9.807/99<sup>25</sup>, não poderiam ser beneficiados os réus reincidentes, o que restringe a aplicação das benesses penais.

Sob a ótica utilitarista, isto leva a pergunta se realmente é maximizador da felicidade a opção legislativa por restringir o rol de crimes cuja aplicação da colaboração premiada é possível (apenas crimes cometidos por delinquentes de primeira viagem?).

Por um lado, poderíamos ter o argumento de que a extensão para todos os crimes existentes no direito pátrio levaria a uma banalização do instituto, não havendo incentivo para auxílio às autoridades estatais.

Tal premissa cai por terra quando analisamos a atenuante da confissão espontânea prevista no art. 65, III, d) do Código Penal (aplicada na 2ª fase da dosimetria da pena). Isto porque o benefício aplica-se a todos os tipos penais previsto no direito brasileiro (podendo beneficiar inclusive réus reincidentes), não recebendo qualquer crítica por parte dos intérpretes da lei, tendo ainda a prática forense revelado sua ampla utilização.

---

25 Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Por outro lado, o incentivo aos atos de colaboração viriam dos próprios benefícios penais, não havendo se falar em ausência de motivação por se estender a todos os crimes. Não estaríamos diante da seguinte circunstância fática: o investigado não colabora por saber que qualquer crime é passível de aplicação do instituto, sendo ele colocado em pé de igualdade com quaisquer criminosos, incluindo aqueles que praticam os delitos mais simplórios.

Não há razão e seria até mesmo ilógico um “ciúme” cultivado pelo potencial colaborador, haja vista que não se está diante de uma competição, em que ganha prestígio social aqueles que colaboram, já que a real motivação seria tão somente uma punição estatal mais branda.

O progresso na análise da extensão do rol de crimes e criminosos beneficiados com o instituto da colaboração premiada passaria então por alguns questionamentos: a) existem crimes tão graves ou criminosos tão repugnantes (ausência de primariedade) que a maioria da população não aceitaria o perdão judicial, ainda que sejam colhidos elementos capazes de permitir a punição de outros indivíduos que cometeram crimes tão graves quanto o primeiro? Exemplo seria a aplicação do instituto aos crimes dolosos contra a vida; b) a extensão do rol deveria abranger apenas os crimes passíveis de recuperação de ativos financeiros? Haja vista que auxílios que se limitem a incriminar outros indivíduos não geram resultados, em tese, imediatos na vida da população (como a obtenção de verba pra construção de hospitais, escolas, etc.).

Estas perguntas talvez fossem facilmente respondidas por Bentham, por acreditar em um simples modelo matemático para resolução das questões (resultado entre a soma dos prazeres/felicidade e dores/insatisfação), não havendo diferença na valoração de cada um dos prazeres.

Observar-se-ia então que qualquer sociedade se optaria por perdoar um homicida reincidente em troca da punição de outros três. Porém, poderia entrar na conta fatores extra numéricos, talvez ignorados por Bentham justamente para dar coesão a sua teoria: o que ocorreria se o crime a ser perdoado causou grave comoção na sociedade, tendo a comunidade em geral ficado indecisa quanto as consequências da colaboração? A dúvida ocorre quando estamos diante de uma situação de empate, o moralmente aceito, segundo a teoria

utilitarista, seria manter o *status quo* (punição de apenas um indivíduo) ou aplicar-se o instituto da colaboração premiada?

São questionamentos aparentemente não passíveis de resolução pela teoria utilitarista, mantendo aberta a discussão acerca das premissas adotadas por tal estudo, qual seja, se realmente são suficientes para resolução de qualquer problema prático.

O fato é que a Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que entrou em vigor no dia 08 de setembro de 2017<sup>26</sup>, dispõe em seu art. 18 o chamado acordo de não-persecução penal, regrando que o Ministério Público poderá cessar as investigações em crimes cuja pena mínima seja inferior a 4 anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa<sup>27</sup>, sendo condição que o investigado confesse a prática do crime e cumpra alguns requisitos previstos na Resolução, como por exemplo, a reparação do dano<sup>28</sup>.

A regulamentação Ministerial, mesmo não sendo lei em sentido estrito, revela a inaptidão estrutural do Estado em lidar com todos os crimes por ele investigados, sendo vantajoso para a máquina pública resolver a lide de forma extrajudicial.

Não seria surpreendente se em legislação futura o Estado, admitindo tal hipossuficiência, prescrevesse em norma geral o instituto da transação penal, aplicada a todos os delitos e a todos os tipos de criminosos, tal como ocorre no direito norte-americano (*plea bargain*)<sup>29</sup>.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto no presente estudo foi constatado que a colaboração premiada se revela como importante instrumento para avanço nas investigações de infrações que envolvam sofisticadas organizações criminosas, já que os tradicionais meios de investigação postos

26 Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5277/>. Acesso em 21 de jun. de 2018.

27 Desde que este não seja hediondo ou equiparado. Art. 18, §1º, V da Resolução nº 181/17-CNMP.

28 Art. 18, I da Resolução nº 181/17-CNMP.

29 ROSETT, Arthur. Plea bargaining. Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmilian Publishing Company, v. 3, 1986, p. 1394.

à disposição dos órgãos acusatórios se mostraram insuficientes para desmantelamento de toda a cadeia organizacional.

Constatou-se ainda que a teoria utilitarista baseia-se na ideia de que qualquer ação deve ser valorada com base nos resultados que propicia, sendo irrelevante para caracterização de seu acerto os meios ou motivos empregados, haja vista que a observância se limita à concessão de prazer à comunidade em geral (maximização da felicidade).

A análise da teoria em estudo na aplicação da colaboração premiada leva então a dois principais questionamentos: a) seria válida a positivação da traição entre criminosos? b) acertou o legislador ao restringir a aplicação do instituto a determinados tipos penais?

Em relação ao primeiro questionamento, a teoria utilitarista explica ser mais vantajosa para a sociedade a contribuição oferecida pelo investigado em troca de benefícios penais (incluindo o perdão judicial), ante a incapacidade do Estado em solucionar todos os crimes existentes, haja vista o nível de complexidade envolvendo diversas infrações penais.

A recuperação de ativos ilícitos, desmantelamento de organizações criminosas e revelação de seus líderes possuem pontos positivos que superam a relativa “impunidade” do colaborador, sendo configurada então a prevalência do prazer sobre a dor.

Quanto à restrição dos tipos de criminosos passíveis de aplicação do instituto da colaboração premiada (primariedade como requisito da Lei de Proteção à Testemunha), tem-se que não há razão, sob o ponto de vista utilitarista, para não ser ampliado o rol de sujeitos aptos ao fechamento de acordos premiais.

Isto porque a aplicação do instituto só faz sentido quando o Estado não possui meios suficientes para resolução de determinado ilícito penal. Havendo contraprestação a ser oferecida pelo investigado, naturalmente a soma dos prazeres prevalecerá, haja vista ser ato discricionário do judiciário a aplicação de benefícios proporcionais à contribuição do agente criminoso.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas* Disponível em: [http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_08/e-books/dos\\_delitos\\_e\\_das\\_penas.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf). Acesso em: 25 de jun. de 2018.

BENTHAM, Jeremy. *Introduction to the principles of morals and legislation* (1789), J. H. Burns e H. L. A. Hart, eds. (Oxford, Oxford University Press, 1996), cap. 1.

CARVALHO, Natália Oliveira. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5277/>. Acesso em 21 de jun. de 2018.

DOROCINSKI, Guilherme. Os fundamentos filosóficos do instituto da delação premiada. *Revista o mal-estar no direito*. Vol. 2. N. 2. Set. 2016.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GRANZINOLI, Cassio M. M. **A delação premiada**. In *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada: volume único / 4*. Ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

MILL, John Stuart. *On liberty* (1859), Stefan Collini, ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 1989), cap. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. rev., atual. e ampl. – vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

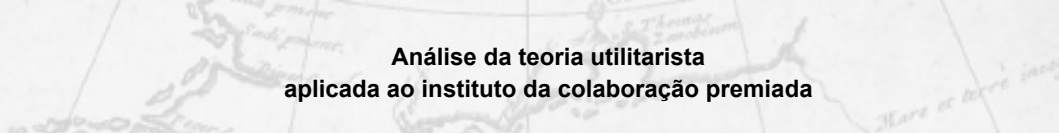
ROSETT, Arthur. Plea bargaining. *Encyclopedia of the american*

*constitution*. New York: Macmilian Publishing Company, v. 3, 1986, p. 1394.

SANCTIS, Fausto Martin De. *Crime organizado e lavagem de dinheiro : destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



**Análise da teoria utilitarista  
aplicada ao instituto da colaboração premiada**





# A justiça segundo John Rawls como critério orientador de políticas públicas

Ligia Barroso Fabri

## 1 INTRODUÇÃO

Vários foram os filósofos que envidaram tempo e esforço para elaborar teorias que visassem esclarecer os contornos do que se entende por ‘justiça’. John Rawls, enquadrado por muitos como um dos maiores filósofos do século XX, foi um dos que se destacou na busca deste objetivo.

Do ponto de vista lógico, é possível afirmar que toda teoria é elaborada com o objetivo de obter viabilidade prática, de modo a ser aplicada visando solucionar, ou ao menos amenizar determinados problemas identificados na sociedade. Nesse sentido, o presente artigo tem a pretensão de, ainda que superficialmente, averiguar se é possível a aplicação dos conceitos elaborados por John Rawls, especialmente considerando a sua obra “Uma Teoria da Justiça”, às políticas públicas, e, o sendo, como isto se dá. Para tanto, antes de mais nada é preciso resgatar alguns conceitos essenciais trabalhados por Rawls, bem como perpassar pelas principais alterações realizadas por ele em sua teoria da justiça.

## 2 BREVE ESCORÇO DA TEORIA DA JUSTIÇA POR RAWLS

De acordo com Neiva Afonso (2000), a teoria de justiça de

Rawls foi elaborada com o escopo de servir como alternativa ao utilitarismo, doutrina que estabelecia, dentre outras coisas, o sacrifício das liberdades individuais em favor do coletivo, justificando, assim, a política do “bode expiatório” e legitimando a opressão de uma minoria em benefício de uma maioria. Referido pensamento não agradava ao professor de Harvard que, em 1971 veio a lançar seu livro denominado “A Theory of Justice” (Uma Teoria da Justiça).

Seguindo a tradição contratualista, John Rawls buscou com essa obra contribuir para levar a um grau mais elevado de abstração a doutrina do contrato social (RICOEUR, 2008). Nesse contexto, A Theory of Justice tinha por objeto a estrutura básica da sociedade, visando, assim, a organização das instituições sociais, de forma a atribuir direitos e deveres e estruturar a distribuição de vantagens e encargos os quais seriam resultantes da cooperação social.

Neste contexto, para se chegar a melhor compreensão sobre o que se pode entender sobre justiça sob a ótica de Rawls (Justice as fairness), é necessário realizar-se uma abstração, um exercício mental no qual possamos abandonar todas as nossas posições anteriores, com o objetivo de escolhermos quais serão os princípios (de justiça) que irão reger a sociedade. Surge, nesse sentido, a importância da denominada “posição original”, situação inicial do contrato social, momento hipotético criado pelo autor, no qual as pessoas deveriam escolher os direitos e deveres da sociedade.

Segundo Rawls,

[...] o contrato social é um acordo hipotético entre todos, e não apenas entre alguns membros da sociedade, e é um acordo entre eles enquanto membros da sociedade (como cidadãos), e não como indivíduos que ocupam determinada posição ou exercem um determinado papel em seu interior. [...] as partes são consideradas pessoas morais livres e iguais, e o conteúdo do acordo consiste nos princípios primeiros que devem regular a estrutura básica (2000, p. 310).

O objetivo dessa abstração é identificar os princípios que irão regulamentar a estrutura básica dessa sociedade democrática, ou seja, que irão reger todos os acordos subsequentes. Assim, o contrato justo seria aquele realizado sob o “véu da ignorância”, situação na qual os sujeitos que irão deliberar sobre os princípios a regerem essa sociedade não tem conhecimento sobre qual papel que irão ocu-

par, qual será o seu sexo, etnia, capacidades mentais ou biológicas e em qual classe social estarão enquadrados. O conceito do “véu da ignorância” é por demais conhecido no âmbito da teoria da justiça e, a partir deste conceito é possível se pensar na realização de um acordo em que haja uma posição original de igualdade entre as partes, sendo este o objetivo da mencionada construção hipotética.

Considerando o cenário acima, Rawls inferiu princípios de justiça que visam atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e que possam fornecer um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições da sociedade, definindo, ainda, a distribuição adequada dos benefícios e encargos da cooperação social (RAWLS, 1997).

É possível identificar que a teoria rawlsiana possui uma orientação procedimental, tendo em vista o empreendimento de demonstração imposto sobre a remissão à situação original. Essa teoria pode ser enquadrada, ainda, na classe das teorias deontológicas, especificamente na filiação da Kant, uma vez que traz ínsita a ideia de que o justo é algo construído e depende de uma escolha racional. Quando produzido por meios procedimentais o justo é construído e decorre de uma deliberação em condições de equidade absoluta RICOEUR (2008).

Diante do exposto, das situações originais de equidades em um contrato social hipotéticos advieram dois princípios:

1) Princípio da liberdade igual, no qual estão insertas liberdades básicas para todos, do qual decorre não ser possível sacrificar direitos e liberdades individuais em prol de benefícios sociais. O princípio prevê que cada pessoa deve possuir “um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras” (RAWLS, 1997, p. 64). Tais liberdades devem ser resguardadas pela constituição e pelas leis.

2) Por sua vez, o segundo princípio aduz que “as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos” (RAWLS, 1997, p. 64). Deste modo as desigualdades somente serão justas se forem vantajosas a todos, em especial aos menos favorecidos.

Como bem salientado por RICOEUR (2008), tão relevante quanto observar o conteúdo dos referidos princípios é se atentar à sua ordem lexical, visto que o primeiro princípio é mais relevante e detém prioridade sobre o segundo.

Levando em conta que na proposição hipotética ninguém sabe qual será a posição que irá ocupar na sociedade, os parceiros comprometidos à elaboração do acordo devem observar tais princípios, escolhendo a organização que maximize a parte mínima (regra do maximin). Por sua vez, dentro do segundo princípio, dá-se prevalência à igualdade equitativa de oportunidades em relação ao princípio do maior benefício aos menos favorecidos.

Constata-se que a justiça idealizada por Rawls é aquela a ser aplicada pelas instituições responsáveis pela organização social, especialmente no que diz respeito à distribuição dos bens.

Perpassadas acima, ainda que resumidamente, as principais premissas oriundas da obra “Teoria da Justiça”, é preciso relembrar que tal teoria foi elaborada com o objetivo de se tornar uma alternativa ao utilitarismo. Nesse sentido, após a sua publicação em 1971, a teoria foi objeto de inúmeras críticas, em especial no sentido de que representava uma alternativa inaplicável às sociedades democráticas pluralistas, visto que buscava deduzir princípios universais de premissas meramente abstratas.

Diante disso, anos depois, Rawls reformulou sua teoria, restringindo o seu campo de aplicação, no sentido de adotar agora não mais uma concepção moral de justiça, e sim uma concepção política de justiça. A restrição se deu às democracias que ele denomina de liberais ou democráticas. Ao assim proceder, houve a renúncia à pretensão de considerar a teoria da justiça como teoria (moral) abrangente (RICOEUR, 2008).

Em o “Liberalismo Político”, ao adotar uma concepção política de justiça, Rawls busca construir uma justiça como equidade que pudesse, pelo consenso de sobreposição, ser assumida pelas demais doutrinas. Nesta oportunidade admite que o consenso é o que gera os princípios de justiça, mas ele não é encontrado em uma sociedade universal, e sim em um grupo mais restrito, o que justificava a concepção política de justiça (NEIVA AFONSO, 2000).

Neste contexto ganha relevo o “consenso sobreposto” de justiça, ou seja, o consenso sobre uma concepção pública de justiça

que pudesse ser compartilhada pela sociedade. Com isso, o autor busca apresentar a sua teoria como um ponto de intersecção em face das inúmeras concepções abrangentes da vida social (políticas, morais, religiosas) que tem vigência na cultura contemporânea.

Sendo assim, ao reconhecer que uma única doutrina não seria capaz de garantir a estabilidade social, em face das inúmeras concepções abrangentes vigentes na sociedade, o autor trabalha a ideia de um consenso sobreposto como sendo o meio encontrado para garantir a unidade e estabilidade da sociedade democrática, garantindo, com isso, o pluralismo.

A estabilidade na sociedade é garantida quando os cidadãos percebem a existência de instituições justas. Assim, motivam-se a participar ativamente nos diversos serviços constituídos e se tornam membros de uma sociedade que cria condições para os mesmos adquirirem um senso de justiça que deve prevalecer frente às inclinações para a prática da injustiça. (NEIVA AFONSO, 2000, p. 35) (destaque no original)

Com o objetivo de se chegar a uma agenda mínima (de princípios de justiça) a ser subscrita por doutrinas abrangentes e, muitas vezes, conflitantes, o autor prevê que os cidadãos possam se valer de uma “razão pública”, sendo esta a capacidade de se colocar na esfera pública com o escopo de alcançar um entendimento acerca das discordâncias resultantes da pluralidade de concepções. Assim, os princípios de justiça seriam objeto de um consenso de sobreposição por pessoas que possuem visões abrangentes razoáveis, ainda que estas sejam incompatíveis.

Embora tenha ocorrido esse recuo da teoria de Rawls, isso não afetou a essência dos princípios de justiça, que sofreram apenas algumas adaptações. Eles são assim apresentados no Liberalismo Político:

a. Cada pessoa tem igual direito a um esquema plenamente adequado de iguais direitos e liberdades básicas, sendo cada esquema compatível com o mesmo esquema para todos; e, nesse esquema, as iguais liberdades políticas, e apenas essas, devem ter o seu justo valor garantido.

b. As desigualdades econômicas e sociais devem satisfazer duas condições: primeiro, têm de estar ligadas a posições e cargos aos quais todas as pessoas têm acesso de acordo com a igualdade

equitativa de oportunidades; e, segundo, têm de ser para o maior benefício possível dos membros menos favorecidos da sociedade (RAWLS, 1997, p. 35).

Vê-se, pois, que não há uma mudança significativa no segundo princípio. A restrição, porém, pode ser percebida no primeiro princípio, que trata agora de dar ênfase nas iguais liberdades políticas.

De acordo com Neiva Afonso (2000), Rawls abandona o liberalismo enquanto filosofia moral abrangente e passa a adotar o “liberalismo político”, que assume uma postura de tolerância, considerando que possibilita a todos os ideais morais em conflito uma disputa pacífica, que fica adstrita ao razoável e ao racional. Nesse sentido a teoria visa à conferir estabilidade e unidade social.

### **3 DA TEORIA À PRÁTICA. A JUSTIÇA COMO CRITÉRIO ORIENTADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Como visto nesse breve esboço teórico, a justiça na concepção de John Rawls não possui um viés individualista, ela é concebida para orientar as instituições que irão formar uma sociedade bem ordenada. Isso somente será possível a partir do momento em que todos os cidadãos tomem consciência do seu papel social diante dos demais e perante às instituições que formam a estrutura básica da sociedade.

Para tanto, Rawls elenca dois princípios como sendo orientadores de uma sociedade justa, quais sejam, 1) princípio da garantia da liberdade e 2) princípio da distribuição igual para todos.

Como é possível extrair de sua “Theory”, a “justice as fairness” (justiça como equidade) tem como pressuposto primeiro uma sociedade democrática, não sendo compatível, portanto, com regimes totalitários. Partindo dessa premissa, passa-se à análise de como a justiça como equidade pode ser aplicada às políticas públicas, em especial tomando como referência a sociedade brasileira.

A teoria da justiça proposta por Rawls, como visto acima, é direcionada especificamente às instituições primárias da sociedade. Por decorrência, tem-se que os princípios de justiça devem ser aplicados pelas instituições com o escopo de minimizar as iniquidades,



diminuindo o abismo social existente no interior da sociedade, possibilitando, assim, condições mínimas para o exercício da cidadania por parte dos indivíduos.

Neste sentido, ganha destaque a educação, enquanto meio pelo qual o indivíduo fortalece sua autonomia e passa a ter condições de participar ativamente das instituições sociais. Instituições justas são aquelas formadas por indivíduos justos. Dessa forma, ainda que a teoria rawlsiana seja voltada às instituições, ela perpassa e tem como foco indireto o indivíduo, que deve ter condições mínimas de contribuir para exercer seu papel social. Isso se dá a partir da aplicação dos princípios de justiça.

O primeiro princípio da justiça garante o direito à liberdade, protegendo a autonomia como um valor essencial para a realização do indivíduo. Cabe a uma sociedade bem ordenada garantir às pessoas uma lista de bens primários, como renda, riquezas, oportunidades de acesso a

posições de autoridades e cargos valorizados pela sociedade. Se tais bens não forem equitativamente distribuídos, a liberdade não teria o mesmo valor para todos, pois exige o acesso igualitário a um mínimo de benefícios sociais. Rawls salienta que, embora esse mínimo possa variar conforme a concepção de pessoa de uma sociedade, sem ele não se poderia falar de dignidade ou de uma base objetiva para a construção da auto-estima das pessoas. (OLIVEIRA, 2000, P. 36)

Verifica-se, então, que do próprio princípio da garantia da liberdade é possível extrair a necessidade de que as políticas públicas visem garantir a adequada distribuição de bens primários, de modo que as posições e cargos das instituições sejam acessíveis a todos, de forma equitativa, sob pena de não ser possível falar em igual liberdade para todos.

Por sua vez, ao tratar da questão da igualdade, John Rawls não ignorava a existência das imensas desigualdades existentes na sociedade contemporânea e, a nosso ver, não tinha a pretensão utópica de extinguir as desigualdades existentes ao formular sua teoria de justiça, até porque, parte do pressuposto de que sempre haverá os menos favorecidos. Ao desenvolver a ideia de justiça como equidade, ele pretendia que essa ideia fosse um mecanismo regulador

das desigualdades sociais e econômicas, de modo que somente serão admitidas aquelas desigualdades que possam beneficiar os membros menos favorecidos da sociedade.

Assim, pensada para ser aplicada em uma sociedade em que vige à cooperação, conforme destacado por Neiva Afonso (2010), a justiça como equidade destaca que o resultado da cooperação entre os indivíduos deve ser justo. Contudo, reitera-se que isso não significa que o resultado deve ser igual.

É nítido, porém, que o princípio da diferença é utilizado com o objetivo de mudar a situação das pessoas menos afortunadas, possibilitando que elas tenham condições de atuar como partícipes da sociedade bem ordenada, visando, assim, a excluir as disparidades extremas. Ou seja, que elas detenham autonomia para que possam participar ativamente da sociedade organizada, em especial para alcançar ‘posições e cargos aos quais todas as pessoas têm acesso de acordo com a igualdade equitativa de oportunidades’.

Em paralelo às contribuições teóricas de John Rawls, vale destacar que

Em face das imensas desigualdades sociais e econômicas existentes na sociedade brasileira, várias políticas públicas foram adotadas ao longo dos anos, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 visando atender a um apelo de igualdade material.

A título exemplificativo, é possível citar duas políticas públicas adotadas pelo legislador que têm o claro objetivo de atender aos ditames constitucionais (art. 3º, III, art. 5º da CF/88) no sentido de serem mecanismos redutores de desigualdades. A primeira delas é a Lei nº 12.711/2012, que introduziu no país o sistema de cotas raciais nas universidades públicas, direcionado àqueles indivíduos que tiveram sua formação educacional básica em instituições públicas, especialmente aos pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência,

Partindo da premissa de que a educação básica fornecida pelas instituições privadas fornecem ao estudante uma melhor formação em face dos inúmeros instrumentos ali fornecidos, quando comparadas às instituições públicas, a referida lei teve o claro objetivo de servir como instrumento de inclusão de um grupo de pessoas menos favorecidas social e economicamente.



## A justiça segundo John Rawls como critério orientador de políticas públicas

Ao ser objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade do sistema de cotas veio a ser corroborada na ADPF nº. 186. Por abordar questões pertinentes à justiça como equidade, vale a transcrição da ementa do julgado:

Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – 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. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais am-

pla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se em benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. (ADPF 186, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-10-2014 PUBLIC 20-10-2014)

Interessante a menção constante no julgado no sentido de que a própria constituição previu mecanismos que corrigir as distorções resultantes da aplicação meramente formal do princípio da igualdade. Neste sentido, a lei de cotas foi instituída pelo legislador como mecanismo minimizador das desigualdades, ao conferir vantagens temporárias, diga-se de passagem, a determinados grupos de indivíduos que, por questões históricas e/ou econômicas não tiveram acesso à uma educação de base de qualidade (especialmente ensino médio), que os qualificassem para concorrer em pé de igualdade material com aqueles que são egressos de instituições educacionais privadas, que disponibilizam inúmeros meios do estudante ter êxito em seu ingresso nas instituições públicas de ensino superior.

Retomando as lições de Rawls, a educação, neste cenário, pode ser enquadrada como um dos principais meios de se conferir igualdade de oportunidade, visto que

[...] o princípio da diferença alocaria recursos para a educação, digamos, para elevar as expectativas de longo prazo dos menos favorecidos. Se tal fim for alcançado dando-se mais atenção aos mais talentosos, é permissível; caso contrário, não. E, ao tomar essa decisão, não se deve aferir o valor da educação apenas no tocante à eficiência econômica e ao bem-estar social. Tão ou mais importante é o papel da educação de capacitar uma pessoa a desfrutar da cultura de sua sociedade e participar de

## A justiça segundo John Rawls como critério orientador de políticas públicas

suas atividades, e desse modo de proporcionar a cada indivíduo um sentido seguro de seu próprio valor (RAWLS, 2009, §17, p. 121) (destaque no original).

Mais recentemente, foi publicada a Lei nº. 12.990/2014, denominada lei de cotas, que prevê a reserva aos negros de 20% das vagas oferecidas em concurso público para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, no âmbito dos três poderes, conforme os requisitos estabelecidos na referida lei. A ação afirmativa em referência também veio a ser questionada no âmbito do STF, por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 41, tendo como relator o Ministro Luís Roberto Barroso.

Naquela ocasião, ao apreciar o mérito da ação constitucional, o Tribunal confirmou a constitucionalidade da mencionada lei. Em análise aos votos dos ministros, encontramos diversas menções que nos levam à conclusão de que os mecanismos redutores de desigualdades adotados na lei de cotas para concursos estariam em consonância com os princípios da justiça como equidade.

Em seu voto, o relator aduz que a lei é motivada por um dever de reparação histórica decorrente do processo escravagista pelo qual passou o Brasil e de um racismo estrutural presente na sociedade brasileira. O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, destacou que, visando possibilitar a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode se utilizar de políticas de cunho universalistas, a exemplo das ações afirmativas, com o objetivo de atingir a determinados grupos sociais, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, possibilitando, com isso, a superação de determinadas desigualdades oriundas de situações históricas.

Isso porque o desiderato desse modo de tratamento diferenciado é compreender o direito à isonomia formal em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, que apenas é alcançado, segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada “justiça distributiva”. E essa realidade – de desvantagem acerca do acesso aos cargos e empregos públicos da população negra – não difere daquela enfrentada no acesso à universidade, pois assim como para a ocupação de vagas escolares, o acesso aos postos de trabalho público também se dá mediante se-

leção linear (concurso público) em que há nítida desvantagem para os negros. (LEWANDOWSKI, 2014, P. 133)

Veja-se que os argumentos concernentes à adoção de ações afirmativas que visem diminuir as desvantagens excessivas são comuns em ambas as ações de controle concentrado.

Interessante também o destaque feito pelo Ministro Celso de Mello, no sentido de que assiste à população negra uma prerrogativa que viabilize os demais direitos e liberdades, oportunidade na qual podemos extrair uma valorização do princípio de igual liberdade para todos:

De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de mecanismos institucionais, como aqueles proporcionados pelas políticas de ação afirmativa, cujos altos objetivos, por efeito de sua própria vocação constitucional, consistem em dar efetividade e expressão concreta a políticas e a programas de inclusão. (MELLO, 2014. P. 141)

Com isso, conclui-se que as políticas públicas de cotas raciais em universidades e de cotas para negros em concursos públicos atuam como mecanismos de que se valem o Estado brasileiro para proporcionar aos indivíduos o acesso de bens primários, garantindo a igualdade equitativa de oportunidades, em conformidade com os princípios de justiça de John Rawls.

É imperativo, assim, que o Estado se valha de políticas públicas como estas que visem minimizar os abismos sociais e econômicos existentes entre os indivíduos, corrigindo, assim, as iniquidades históricas. Nas palavras do Ministro Celso de Mello,

[...] sem se considerar que a Constituição impõe ao Estado o dever de atribuir aos desprivilegiados – verdadeiros marginais do sistema jurídico nacional – a condição essencial de titulares do direito de serem reconhecidos como pessoas investidas de dignidade e merecedoras do respeito social, não se tornará possível construir a igualdade nem realizar a edificação de uma sociedade justa, fraterna e solidária, frustrando-se, assim, um dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º, I).

Como destacado por Marcos Rohling, certas políticas sociais, dentre elas as políticas educacionais, são adequadas para que se possam reverter certas desigualdades não justas: “aquelas injustiças não sejam vantajosas para os que estão em posições menos vantajosas devem ser corrigidas por meio do próprio sistema”. Assim, atendem ao primado da justiça como equidade as políticas públicas que visem possibilitar o acesso dos menos favorecidos aos bens primários, para que estes possam adquirir autonomia.

Tem-se, com isso, que a teoria rawlsiana se mostra com o imenso potencial de direcionar as políticas públicas a serem adotadas pelos estados democráticos, visando regulamentar a estrutura básica da sociedade.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A teoria da justiça como equidade não apenas pode se apresentar como potencial de direcionamento de políticas públicas a serem adotadas, como também pode ser utilizada como parâmetro de ações concretas já realizadas, em especial de ações afirmativas que visem atuar no seio da sociedade como redutoras de uma desigualdade excessiva, possibilitando, assim que os indivíduos possam ter acesso às condições mínimas para terem uma vida digna e, com isso, contribuam para a formação de uma sociedade mais justa.

Exemplo disso foram as ações afirmativas destacadas no presente artigo. Foi possível constatar que, dentre os fundamentos utilizados pelos ministros do STF para ratificar a constitucionalidade das leis questionadas, muitos se valeram de argumentos decorrentes direta ou indiretamente nos princípios da justiça como equidade (justice as fairness).

O presente artigo objetivou resgatar alguns conceitos oriundos da teoria rawlsiana, para o fim de experimentá-los enquanto critérios delimitadores de políticas públicas. Posto isso, podemos concluir ser adequada a utilização dos princípios de justiça com esse objetivo, uma vez que buscam promover a equidade social, respeitando as liberdades que devem ser estendidas para todos e atuando para que as eventuais desigualdades sociais/econômicas existentes também sejam favoráveis a todos, em especial aos menos favorecidos. Consequência dessa aplicação é que se obtenham instituições

justas e bem ordenadas, nas quais possa prevalecer um sistema tal como previsto por Rawls, qual seja, um sistema no qual a cooperação equitativa seja voltada para a vantagem mútua.

## 5 REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-10-2014 PUBLIC 20-10-2014.

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

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta; Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Jussara Simões São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ROHLING, Marcos. Políticas Públicas, Educação e a Teoria da Justiça de Rawls. Publicado em 01/2015. Elaborado em 10/2014. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/35269>. Acesso em 28/06/2018

RICOEUR, Paul. *O Justo*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.



**A justiça segundo John Rawls como critério orientador de políticas públicas**





# A teoria do dano eficiente: uma demonstração prática do cálculo benthaniano nas relações de consumo

Loianny Silva Kirmes

## 1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil surge com a ideia de reparar um evento danoso gerado por um indivíduo, atribuindo-lhe o dever de buscar restaurar o status das coisas para o que eram antes da lesão (GONÇALVES, 2017, p. 11,12). O Código de Defesa do Consumidor introduziu em suas normas a possibilidade de buscar a responsabilização do agente, bem como o dever de prevenir o ato danoso.

Ocorre que, ao se avaliar as políticas preventivas, se observa um fenômeno na qual alguns prestadores de serviço e fornecedores aferem os custos de prevenção e responsabilização, e optam pela opção menos onerosa, ainda que esta consista em arcar com os eventuais custos de indenização (MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 208-210). Tal raciocínio consagra o que se denominou “Teoria do Dano Eficiente”, uma vez que, ainda que o autor tenha sido condenado, os valores pagos à parte lesada são menores do que os custos que teriam para evitar o evento danoso. (FIUZA, 2016, p. 530,531)

Paralelamente, o presente artigo aborda a Teoria Utilitária proposta por Jeremy Bentham, que, de forma bastante resumida, se propõe a maximizar a felicidade da coletividade, independente do que os valores morais versem como certo ou errado. O certo seria aquilo que traz felicidade, e o errado aquilo que gera sofrimento para a maioria da coletividade (BENTHAM, 1974, p. 9-11). Nesse sentido, uma vez que a ideia de maximização da riqueza pode ser

observada como um reflexo da felicidade geral, (POSNER, 2010, p. 72-77) é realizado um comparativo entre a ideologia utilitária e os métodos de custo-benefício aplicado por fornecedores de produtos e serviços afim de economizar gastos.

De tal modo, o estudo se propõe, por meio de uma breve pesquisa bibliográfica, a realizar uma conexão entre a ética utilitária benthaniana e a análise econômica da responsabilidade civil.

## **1 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E TEORIA DO DANO EFICIENTE**

A ideia de Responsabilidade Civil surge para restaurar a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano praticado por outrem. O autor do dano, a partir do evento que violou determinada norma, passa a ser vinculado às consequências de sua conduta, podendo ser forçado a remediar a situação, para restaurar o status que as coisas possuíam. (GONÇALVES, 2017, p. 11,12)

O Código de Defesa do consumidor, para prestar assistência às partes nas relações de consumo, adotou a Teoria da Responsabilidade Objetiva, entendendo que seria penoso ao consumidor ser o responsável pela demonstração do dolo ou culpa do agente do dano. Isto porquê o consumidor é parte vulnerável, não possuindo as mesmas informações e conhecimento sobre as etapas de produção que o fornecedor ou prestador de serviços possui, não possuindo conhecimento acerca do modo de funcionamento, bem como acerca das demais informações sobre um objeto de consumo, seja produto ou serviço. Portanto, o consumidor apenas espera que o objeto de consumo desempenhe as atividades que são anunciadas, não detendo conhecimento suficiente acerca das suas características, nem mesmo possuindo a capacidade de determinar a existência de dolo ou culpa, necessários para a responsabilização subjetiva. Para pleitear uma indenização, portanto, o consumidor necessita, apenas, alegar que houve um dano, comprovar os prejuízos e demonstrar o nexo causal entre o dano e a relação entre o objeto que o causou. (FILOMENO, 2018, p. 286, 287)

Versando acerca da responsabilidade civil, o legislador destinou a Seção III do Código de Defesa do Consumidor para poder

dispor de medidas adequadas para garantir a responsabilização pelo vício do produto ou serviço, assegurando medidas de prevenção e responsabilização nos artigos 18 ao 25 do dispositivo legal aludido (Seção III do CDC).

Ao tratar da responsabilidade pela reparação aos danos causados, o Código de Defesa do Consumidor não se exime de prescrever formas de evitar que os mesmos ocorram, dispondo, para isso, de uma Política Nacional de Relações de Consumo. O artigo 4º da referida norma informa que esta política objetiva atender as necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, informando uma série de princípios que devem ser atendidos para que os produtos e serviços sejam garantidos com padrões adequados de qualidade, para que sejam coibidas as práticas abusivas no mercado de consumo, e que sejam realizados incentivos para a criação de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços. (art. 4º, Capítulo II, do CDC)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Código de Defesa do Consumidor. Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.; III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo. IX - fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores; X - prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor.

Sob a ótica de uma análise econômica do Direito, a responsabilidade civil visa a desencorajar o dano, impondo a responsabilidade do autor que deve assumir o custo integral de suas ações, de modo que a indenização a ser paga deve constituir a medida exata para avaliar os meios de prevenção a serem adotados. (MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 379,380)

Ao se ponderar os custos referentes à responsabilidade civil e à prevenção, no entanto, nota-se que existe uma tendência de que os agentes prestadores de serviço optem por soluções menos onerosas. Havendo uma falha na prevenção de danos, destarte, o autor pode ser culpabilizado e condenado a repará-los. O valor das condenações, no entanto, contribuirá para que o agente causador do feito avalie se as mesmas são mais ou menos custosas que a prevenção. Em que pese a previsão legal expressa determinando a prevenção de danos, o pagamento do dano imputado ao autor do prejuízo, em uma eventual condenação, será um estímulo para que haja, ou não, a adoção de práticas preventivas. Isto porquê levam-se em consideração os custos das soluções de prevenção e reparação, de maneira que se estas forem mais custosas que a reparação, a condenação não serve como incentivo para evitar as possíveis perdas a serem ocasionadas. (MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 208-210)

Observa-se, então, um fenômeno de precificação, ao se analisar a responsabilidade civil. Valores econômicos são atribuídos aos bens materiais e imateriais, observada a lógica do desenvolvimento mercadológico e, ao se tratar de danos morais, a indenização é medida pela extensão dos danos. Seguindo esta linha de raciocínio, alguns agentes entendem que certos danos valem a pena, posto que os evitar seria mais custoso do que repará-los (SÁ, 2020. p. 29-32).

Para exemplificar os custos de prevenção e reparação, e a atribuição de valor aos danos estimados, faz-se necessário remeter ao emblemático caso dos carros Ford Pinto, um dos modelos automobilísticos mais vendidos nos Estados Unidos na década de 1970. Estes carros apresentavam um vício no tanque de combustível que os tornava sujeitos a explosões, em caso de colisão. Em decorrência deste defeito, mais de quinhentos consumidores do automóvel faleceram, e várias outras sofreram graves queimaduras. Quando uma das vítimas processou a Companhia pelos danos, foi revelada a informação de que os engenheiros da Ford estavam cientes da situação

e detinham conhecimento do perigo, no entanto, a empresa havia realizado uma estimativa de custo e benefício que estipulou um valor monetário para o conserto, usando os seguintes critérios para realizar as suas estimativas: a) Para tornar o tanque de combustível mais seguro, seria necessário instalar um dispositivo de 11 dólares em 12,5 milhões de veículos, totalizando 137,5 milhões de dólares; b) Mantendo o carro sem o dispositivo, durante o período de um ano poderiam ocorrer 180 mortes e 180 queimaduras, cujo valor de indenização seria, aproximadamente de 200 mil dólares por vida e 67 mil por queimadura. Somados a esses valores, a quantidade e o valor dos carros que seriam incendiados, foi estimado que o benefício final da melhoria da segurança seria de 49,5 milhões de dólares. Por meio dessa análise, a Ford concluiu que era, economicamente, mais eficaz, indenizar as vítimas do que consertar os tanques. (SANDEL, 2015, p. 49,50.)

Entende-se, portanto, por dano eficiente, a situação em que é mais compensador para o agente arcar com os custos das eventuais indenizações do que prevenir o dano. Em contraposição, surge a ideia de dano ineficiente, na circunstância em que o dano eficiente perca o seu custo-benefício, se tornando mais custoso para o agente, por intermédio da intervenção dos órgãos da administração pública, ou decorrente de ação do Judiciário, caso a indenização arbitrada seja suficientemente onerosa. Sobre este tema, entende-se que o valor da condenação deve ser suficientemente alto, para que o dano seja ineficiente para aquele que o causou, mas não a ponto de se reverter em enriquecimento ilícito, para a parte adversa. (FIUZA, 2016, p. 530,531)

## **2 A TEORIA UTILITARISTA DE JEREMY BENTHAM**

Jeremy Bentham direcionava seus ideais pelo que denominou de Princípio da Utilidade. Tal princípio tem, por objetivo, utilizar a razão e a lei para aumentar a felicidade dos indivíduos. Dessa maneira, a expressão “utilidade” se refere à propriedade de que alguma coisa possui de proporcionar prazer ou impedir a dor para outrem, observados os interesses dos diversos membros que integram a comunidade. Para que se possa ponderar o interesse da

comunidade, deve-se, antes, compreender o interesse do indivíduo que é favorecido quando a soma total dos seus prazeres aumente, ou quando a soma total das suas dores diminua, não levando em consideração o que é moralmente visto como sendo correto ou errado, posto que, para o autor, o significado destes termos é vazio por si só. Assim, uma ação será considerada correta, e estará em conformidade com o princípio da utilidade quando a tendência de aumentar a felicidade da comunidade for maior do que a de diminuí-la. (BENTHAM, 1974, p. 9-11).

A fim de se avaliar a valoração de um prazer ou uma dor, foi criado um método para medir estes objetivos, por meio da avaliação dos seguintes fatores: a.) A intensidade; b.) a duração; c.) a sua certeza ou incerteza; d.) a sua longinquidade ou proximidade no tempo; e.) a sua fecundidade – ou seja, a probabilidade que o prazer ou a dor tem de serem seguidos por sensações da mesma espécie; e.) a sua pureza – ou seja, a probabilidade que o prazer e a dor tem de não serem seguidos por sensações contrárias; f.) a sua extensão – ou seja, o número de pessoas que serão afetadas pelo respectivo prazer ou dor (BENTHAM, 1974, p. 22-23.).

Verifica-se, portanto, uma ideologia cuja moral se baseia em uma análise de custo-benefício, por meio da quantificação, agregação e cômputo da felicidade, independente de julgamentos (SANDEL, 2015, p. 47-48.). Nas palavras de Bentham:

A tendência geral de um ato é mais perniciososa ou menos perniciososa, de acordo com a soma total das suas consequências, isto é, conforme a diferença entre a soma das consequências boas e a soma das consequências funestas. [...] Abordaremos agora as circunstâncias que podem ter acompanhado os atos. Estas devem necessariamente ser levadas em consideração, e isto antes de podermos determinar qualquer coisa acerca das consequências. Com efeito, de outra forma nunca poderemos ter certeza sobre quais possam ser as consequências de um ato em seu conjunto. Em outros termos: de outra forma nunca poderemos saber se o ato é benéfico, ou indiferente, ou prejudicial. Em certas circunstâncias até o matar uma pessoa pode constituir um ato benéfico, ao passo que em outras pode constituir fato pernicioso o simples oferecer alimento a uma pessoa (BENTHAM, 1974, p. 25;27)

Para Bentham, o escopo geral de todas as leis é evitar o pre-



juízo quando valer a pena. Uma vez que as leis devem aumentar a felicidade global da coletividade, e a punição, considerada como um ato pernicioso, constitui em um ato que irá diminuí-la. Assim, as punições só podem ser admitidas para evitar um mal maior, não podendo produzir um prejuízo maior do que se quer evitar. (BENTHAM, 1974, p. 65-66)

O utilitarismo foi alvo de críticas. Para alguns autores como John Rawls, o justo deve estar acima do bem, uma vez que a ideologia utilitária despreza os direitos fundamentais em prol do bem geral. No mais, entende que o ideal de igualdade absoluta é um princípio sacrificial, no qual se deve realizar um sacrifício individual em nome do bem da maioria, restringindo o interesse dos menos favorecidos, atribuindo, portanto, um tratamento de que os indivíduos são vistos como um meio, não um fim em si mesmo. Com esse julgamento, Rawls<sup>2</sup> objetivava oferecer uma teoria que coloque os princípios de justiça, de forma racional, precedendo a maximização da riqueza social. (JEVEAUX, 2021, p. 100-101;145)

Posner, por sua vez, possui um entendimento semelhante ao de Rawls, no sentido que afirma que a abordagem utilitarista se recusa a fazer distinções morais sobre as coisas que podem trazer prazer, caracterizando uma “monstruosidade moral”. A consequência dessa ausência de valores na visão utilitária seria, nas palavras do autor, “sacrificar indivíduos inocentes no altar das necessidades sociais”. Dessa forma, o sofrimento de inocentes seria inevitável, uma vez que um crime poderia ser cometido por um fim social, para preservar a estrutura institucional. Neste caso, não haveria punição para o mesmo. (POSNER, 1973. p. 116-118) Sob uma ótica do direito econômico, o autor entende que a visão utilitária possui relação com a ideia de maximização da riqueza. Nesse sentido, pessoas hipossuficientes não teriam influência na alocação dos recursos, a não

---

<sup>2</sup> Rawls elaborou uma teoria de justiça com o objetivo de representar uma alternativa ao pensamento utilitarista. Para o pensador, assim como no utilitarismo, a sociedade poderia contrabalançar satisfações e insatisfações entre indivíduos diferentes, no entanto, entendia que o referido ideal era uma teoria teleológica, porque o se definia o bem independente do justo, visando atingir o máximo de satisfações. No entanto, o autor entendia que cada membro da sociedade possui uma inviolabilidade fundada no direito natural que o bem estar geral não pode anular. Portanto, para uma sociedade ser justa, as liberdades básicas devem ser vistas como pressupostos, não estando sujeitas ao cálculo dos interesses sociais. Assim, a ideia de justiça como equidade seria uma teoria deontológica. (RAWLS, 1997, p. 25,26, 28,30, 32)

ser que fizessem parte da função de utilidade de alguém influente. (POSNER, 2010, p. 91.)

### 3 RELAÇÃO ENTRE O CÁLCULO BENTHANIANO E A TEORIA DO DANO EFICIENTE

Ao se tratar do utilitarismo, a riqueza não pode ser compreendida como um mero substituto para a utilidade. Esta, para ser mensurada, avalia uma gama de circunstâncias necessárias para configurar o que é útil, ou não. De tal modo, havendo um agente maximizador do lucro em dada situação, se considera a utilidade obtida pelo mesmo face a “desutilidade” que este impôs à sociedade, sopesando os maximizadores da utilidade e felicidade de uma forma abrangente. Embora a riqueza não seja, por si só, sinônimo de felicidade, tais conceitos estão diretamente relacionados, na medida em que um indivíduo paga por uma mercadoria que lhe deixará feliz, atribuindo um certo valor àquele bem. Uma vez que a riqueza é um aspecto que reflete as preferências dos indivíduos, a alocação de recursos, de modo a maximizar a riqueza, pode ser considerado um modo de maximizar a felicidade dos indivíduos no utilitarismo, embora não represente a ideologia em sua integralidade (POSNER, 2010, p.72-77).

Acerca do objetivo de priorizar a maximização do lucro, a abordagem do Dano Eficiente se assemelha a abordagem utilitarista no sentido de que a atribuição de valor aos direitos individuais é deduzida em face à eficácia da medida a ser tomada. Sobre esse tema, Mackaay e Rousseau tecem uma crítica:

Central, no debate, é saber se a atribuição de direitos pode ser deduzida de considerações de eficácia ou se é necessário, para precisar a noção de eficácia, fixar previamente, ao menos, certos direitos fundamentais? Optando pela primeira corrente, pomonos sob óptica próxima do utilitarismo e nos expomos às objeções de quem se opõe a essa filosofia. A escolha entre a abordagem que permite ganhos para a coletividade mediante ganhos de alguns membros, embora com perdas de outros, implica saber como evitar o arbítrio ao compatibilizar os ganhos e perdas e escolher os ganhadores e perdedores? (MACKAAY,



ROUSSEAU, 2015, p. 12)

Para responder a retórica apresentada pelas autoras, é necessário compreender e analisar o cálculo apresentado pelo próprio Bentham, para quantificar o valor da dor e do prazer, observados os interesses da coletividade, senão vejamos:

Se, por conseguinte, quiseses fazer uma avaliação exata da tendência geral de qualquer ato que afeta os interesses de uma coletividade, procede da seguinte maneira. Começa por qualquer uma das pessoas cujos interesses parecem ser mais imediatamente afetados pelo ato em questão, e procura fazer uma apreciação dos seguintes elementos:

( 1) o valor de cada prazer distinto que se manifesta como produzido pelo ato na primeira instância; (2) o valor de cada dor distinta que se manifesta como produzida pelo ato na primeira instância; (3) o valor de cada prazer que se manifesta como produzido pelo ato após o primeiro prazer. Isto constitui a fecundidade do primeiro prazer e a impureza da primeira dor; ( 4) o valor de cada dor que se manifesta como produzida pelo ato após a primeira. Isto constitui a fecundidade da primeira dor e a impureza do primeiro prazer. (5) Soma todos os valores de todos os prazeres de um lado, e todos os valores de todas as dores do outro. O balanço, se for favorável ao prazer, indicará a tendência boa do ato em seu conjunto, com respeito aos interesses desta pessoa individual; se o balanço for favorável à dor, indicará a tendência má do ato em seu conjunto. ( 6) Faz uma avaliação do número das pessoas cujos interesses aparecem em jogo e repete o processo acima descrito em relação a cada uma delas. Soma depois os números que exprimem os graus da tendência boa inerente ao ato, com respeito a cada um dos indivíduos em relação ao qual a tendência do ato é boa em seu conjunto. Ao depois, faz o mesmo com respeito a cada indivíduo em relação ao qual a tendência do ato é má em seu conjunto. Feito isto, procede ao balanço. Este, se for favorável ao prazer, assinalará a tendência boa geral do ato, em relação ao número total ou à comunidade dos indivíduos em questão. Se o balanço pesar para o lado da dor, teremos a tendência má geral, com respeito à mesma comunidade. (BENTHAM, 1974, p. 23-24)

Em relação ao “cálculo” supra, o raciocínio utilitário Benthaniano entende que o mesmo pode ser aplicado em qualquer situação, antes mesmo de serem realizados julgamentos morais, ações

legislativas ou judiciais. (BENTHAM, 1974, p. 24). Sobre este raciocínio, se faz imperioso apresentar algumas hipóteses e questionar: na situação em que um fornecedor de produtos, antes de observar as determinações judiciais que lhe impõe a responsabilidade de prevenção, entender que o valor econômico derivado dos possíveis danos é compensatório em relação a extensão do dano e do número de afetados, seria ético, do ponto de vista utilitário, assumir o dano como uma valoração do que é mais eficiente?

Acerca da ideia de valoração de dores e prazeres, se tratando da responsabilização suportada pelo prestador de serviços, o judiciário também atribui um valor ao dano sofrido, ao estipular uma indenização em face de danos morais, por meio de uma análise da intensidade da dor. Além desse critério, também existe a observância de fatores de redução dos danos, como a culpa do devedor e a concorrência de culpa da vítima, e de majoração, como nas situações onde há dolo ou quando o dano pessoal for grave. (COELHO, 2020, p. 247, 249)

Além dos critérios de fixação do valor da indenização dos danos morais, observado a gravidade e a lesividade do ato ilícito e as circunstâncias pessoais dos envolvidos, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é o de que a indenização por danos morais possui uma função tríplex, sendo elas: a.) a compensatória, para mitigar os danos sofridos pela vítima; b.) a punitiva, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo; c.) a preventiva, para desincentivar o cometimento de novos atos ilícitos (STJ, REsp 1.440.721). Nesse sentido, verifica-se uma característica pedagógica da condenação, almejando coibir a reincidência da conduta ilícita, e tornando o dano ineficiente para aquele que lhe deu causa. (FIUZA, 2016, p. 531)

Fato é que, independentemente dos critérios utilizados para escolher quem se beneficia, ou não, de uma decisão, o utilitarismo possui uma lógica semelhante a um raciocínio econômico, eivado de convicções morais, por meio da precificação de valores como método para a tomada de escolhas sociais. Assim, ainda que os casos concretos versem sobre valores distintos, é realizada uma análise de custo-benefício, desconsiderando os direitos individuais e precificando a moral em uma escala de prazer e dor. (SANDEL, 2015, p. 47,48,54)

Em que pese haver uma conexão entre as situações que per-

mitam a maximização da felicidade, Bentham não deixa de apresentar uma regra de responsabilização na qual aduz que, havendo uma ofensa, ou crime, o valor ou gravidade da punição não deve ser, em nenhum caso, inferior ao que for suficiente para superar o valor do benefício obtido pelo evento censurável. Caso seja inferior, o autor entende que o ato ilícito seria cometido, independente de punição que seria inútil face a sua ineficácia. (BENTHAM, 1974, p. 66-67) Resta saber, portanto, se o critério que define o que é melhor para a felicidade da maioria entende que o dano eficiente, como ofensa, observado o caso concreto, é tido como lícito, ou não, na ética da utilidade.

## **CONCLUSÃO**

No decorrer desse trabalho, foi possível observar a relação entre a ideologia utilitária e a teoria do dano eficiente. A ideia de precificação de prazeres trazida por Jeremy Bentham pode ser associada ao raciocínio utilizado pelos fornecedores de produtos e serviços ao deixar de adotar medidas de prevenção que lhes seriam onerosas, para que tivessem menos custos com a reparação do dano.

Para Bentham, os valores morais devem ser desconsiderados ao analisar o que é certo ou errado. O autor entende que é certo aquilo que proporciona mais prazer, para um maior número de pessoas, observados critérios como a longinquidade, intensidade e extensão do prazer. Ao desprezar a ideia de valores morais naturais, no entanto, a ética utilitarista torna-se suscetível a justificar comportamentos que sejam danosos para outros indivíduos, em prol da maioria. Assim, observadas as ações das pessoas, é feito um cálculo para valorar os atos que causam prazer e dor. Se o balanço final decidir que o ato causou mais prazer do que dor, então ele é bom.

Nessa esteira, verifica-se o entendimento de Posner de que a ideia da maximização da riqueza pode ser um reflexo da felicidade da maioria no utilitarismo, uma vez que a riqueza reflete as preferências dos indivíduos e a destinação de recursos conferida pelos mesmos. Assim, verifica-se uma linha de raciocínio semelhante entre fornecedores de produtos e prestadores de serviços que, realizam um cálculo acerca dos custos de prevenção, e dos possíveis custos de

indenização, para poder optar pela solução que maximize os lucros da empresa em detrimento dos danos causados aos consumidores.

Diante dessa visão econômica, observa-se os resultados práticos da adoção do princípio da utilidade: Uma maioria que detém o poder econômico, e também a capacidade de evitar prejuízos, ignora os direitos naturais de seus consumidores para buscar aquilo que lhes dê mais prazer econômico, preferindo arcar com os prejuízos de eventuais condenações judiciais ao invés de despendar custos com a prevenção do dano. O consumidor se encontra à mercê do fornecedor de produtos, tendo os seus direitos lesados em detrimento do benefício econômico suportado pelo fornecedor.

Ironicamente, para coibir tal comportamento, o judiciário também realizou um cálculo para valorar do sofrimento das vítimas ao arbitrar os danos morais cabíveis, atribuindo, também, à condenação, medidas para tornar os danos ineficientes.

Conclui-se, então, que a teoria utilitária, vista na prática, pode acarretar em injustiças, favorecendo aqueles que possuem influência sobre a alocação das riquezas. No entanto, a aplicação de um cálculo de valoração, aliado a observância de direitos fundamentais, pode ser utilizado de forma estratégica para reprimir eventuais abusos.

## REFERÊNCIAS

BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril S. A. Cultural e Industrial, 1974.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm) Acesso em: 19 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1440721. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgado em: 11/10/2016. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/404619754/recurso-especial-resp-1440721-go-2014-0050110-0/inteiro-teor-404619760>. Acesso em 20 de dez. de 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações* [recur-

so eletrônico]: responsabilidade civil, volume 2. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos do consumidor*. 15. ed. rev., atual. e ref. São Paulo: Atlas, 2018.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo* [recurso eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil* [livro eletrônico]. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Acesso formal e material à justiça e acesso à justiça formal e material* [recurso eletrônico]. Vitória: EDUFES; Rio de Janeiro: MC&G, 2021.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. tradução: Rachel Sztajn. Imprensa: São Paulo, Atlas, 2015.

POSNER, Richard A. *A economia da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

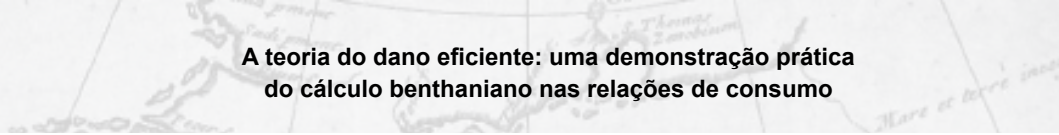
\_\_\_\_\_, Richard A. Utilitarianism, economics, and legal theory. Em: *The Journal of Legal Studies*, volume 8, 1. ed.:103–140. 1979. Disponível em <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/467603>. Acesso em 19 de dez. de 2021.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 1997.

SÁ, Carla Teresa Bonfadini De: Da precificação da dor: Critérios e metodologia do arbitramento da indenização por danos morais sob a ótica da Análise Econômica do Direito. Em: *Reflexões sobre direito e economia / Coordenação Armando Castelar Pinheiro...* [et al.]; Carla Teresa Bonfadini de Sá...[et al.]. - Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020. Disponível em [https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30057/Miolo%20digital\\_Reflexoes%20sobre%20Direito%20e%20Economia.pdf?sequence=3](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30057/Miolo%20digital_Reflexoes%20sobre%20Direito%20e%20Economia.pdf?sequence=3). Acesso em:

20 de dez. de 2021.

SANDEL, Michael J. *Justiça* [recurso eletrônico]. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.



**A teoria do dano eficiente: uma demonstração prática  
do cálculo benthaniano nas relações de consumo**





# Breve análise da imparcialidade objetiva do juiz sob o ponto de vista da teoria moral de Immanuel de Kant: imparcildade objetiva, justiça e equidade

Luan Theodoro Machado

## 1 INTRODUÇÃO

A relação de tridimensionalidade do direito parte da premissa de que existem diferentes versões de um mesmo fato. Essa situação que, aparentemente, levaria ao caos, é apaziguada pela figura de um juiz imparcial, capaz de interpretar a norma jurídica e aplicá-la de forma justa, razoável e sem levar em conta aspectos pessoais.

A literatura jurídica considera a imparcialidade como princípio intrínseco à formação de um processo justo, lídimo e com respeito ao devido processo legal, podendo ser interpretada sob duas dimensões. São elas, a subjetiva e a objetiva. A primeira, subjetiva, reflete a relação do magistrado com as partes o que influencia na formação de sua convicção pessoal. Já a segunda dimensão, objetiva, busca a demonstração da indiferença do julgador para com o objeto do processo, ou seja, se relaciona ao que é alheio a relação do juiz com as partes.

Ser imparcial é requisito legal, principiológico e moral do julgador. É característica que deve ser externada a ponto de que as partes percebam que o magistrado não sofra qualquer influência externa à demanda sub examine, de modo que o faça criar pré-julgamentos sobre ela. Ocorre que, por inúmeros motivos, em especial, ligados ao próprio juiz, a imparcialidade pode restar comprometida.

Nesse contexto, destaca-se a imparcialidade objetiva, que será analisada, ainda que superficialmente, sob o prisma hermenêu-

tico da filosofia de Immanuel Kant, abordando, especialmente, conceitos ligados à justiça e à equidade. Como se sabe, o filósofo desenvolveu ideias que harmonizavam a liberdade com uma lei universal, conhecida como imperativo categórico, que, por sua vez, deveria guiar a ação humana no caminho da moral.

Kant, acreditava que o progresso moral ajudava a felicidade e os interesses mais dignos das pessoas. No entanto, destacava que a necessária imparcialidade, consistia na capacidade de decidir independentemente de quaisquer interesses, sobretudo, os pessoais oriundos da busca pela felicidade.

Nesse contexto, o presente artigo fará uma análise da imparcialidade objetiva do juiz, evoluindo para os vieses de cognição e finalizando na literatura de Kant, sobretudo, abordando aspectos ligados à conceituação de justiça e equidade, construídos a partir dos imperativos categóricos, a fim de verificar possíveis contribuições para o afastamento da parcialidade objetiva do magistrado.

## 2 IMPARCIALIDADE OBJETIVA

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, afirma que a imparcialidade do julgador é elemento integrante do devido processo legal e sustenta que Constituição tutela o direito de ser julgado por um juiz imparcial. Segundo ao autor, a imparcialidade do juiz é uma garantia constitucional implícita, pois não se encontra expressamente contemplada em nosso ordenamento jurídico. (Badaró, 2011, p. 343-365)

Dworkin, por sua vez, entende ser princípio, cuja observância é obrigatória, uma vez que decorre da própria exigência de justiça, de equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (Dworkin, 2009, p. 124)

Nesse contexto, é importante frisar que o conceito de imparcialidade foi introduzido no nosso ordenamento jurídico, inicialmente, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, no seu artigo 14, I, via Decreto n°. 592/92; seguido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, de 22 de dezembro de 1969, no seu artigo 8.1, que integrou o

## Breve análise da imparcialidade objetiva do juiz sob o ponto de vista da teoria moral de Immanuel Kant

nosso ordenamento jurídico através do Decreto n°. 678/92. (Brasil, 2021)

Também, a partir de uma visão internacional, surgiu a diferenciação entre as dimensões objetiva e subjetiva da imparcialidade. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), no julgamento do caso “Piersack versus Bélgica”, inaugurou a ideia de que a imparcialidade deveria ser analisada sob esses dois enfoques ou dimensões. (Europa, 2021)

Sobre o tema, discorre o professor Gilberto Fachetti Silvestre: (Silvestre, 2020, p. 41)

Nessa conjuntura, ressalta-se a existência de aspectos subjetivos e objetivos da imparcialidade do julgador. A análise subjetiva perpassa pela verificação da pessoa do juiz para com os sujeitos participantes da demanda, ou seja, se a pessoa do magistrado possui algum tipo de vínculo preexistente com alguma das partes atuantes no processo. Já no que tange aos aspectos objetivos da imparcialidade, analisam-se garantias que tenham como intuito excluir qualquer tipo de dúvida razoável a respeito de eventual parcialidade do magistrado, seja qual for à fase em que o processo se encontra, buscando averiguar a existência de uma conexão prévia entre o juiz e o objeto que será por ele analisado.

Para Gustavo Henrique Righi Ivalhy Badaró, no momento em que o juiz assume um juízo positivo sobre a participação do investigado nos fatos criminosos, estará produzindo implicitamente um juízo de culpabilidade que lhe impedirá de decidir a demanda com total isenção e imparcialidade. (Badaró, 2011, p. 343-365)

Assim sendo, destaca-se a dimensão objetiva da imparcialidade, segundo a qual não basta que o juiz seja alheio aos interesses das partes na lide, mas também que assim o pareça ser. Impõe-se, desse modo, ao Judiciário a missão de mostrar à sociedade que a justiça está sendo feita. (Maya, 2009, p. 118)

Entretanto, esse aspecto positivo da imparcialidade não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro. Como se sabe, os únicos dispositivos que tratam da imparcialidade na lei processual civil brasileira, são os artigos 144 e 145 do Código de Processo

Civil, que tratam das hipóteses de impedimento e suspeição. (Brasil, 2021)

Ocorre que essas hipóteses são consideradas, pela doutrina e jurisprudência majoritárias, como *numerus clausus*, não havendo espaço para sua ampliação. (Tourinho Filho, 2008, p. 670)

Aury Lopes Junior, em posição contrária, destaca que boa parte da doutrina acredita que essa visão é extremamente reducionista. É que as hipóteses previstas não são capazes de abranger todas as ocorrências em que o juiz deveria ser considerado impedido ou suspeito de atuar com a necessária isenção. (Lopes Jr, 2016, p. 520)

A parcialidade, ainda que em seu viés objetivo, deve ser combatida, pois comprometem a credibilidade do judiciário. Nas palavras de Gustavo Henrique Righi Badaró, “é inaceitável que se admita o julgamento por um juiz parcial, apenas e tão somente porque a situação da qual se infere o risco de parcialidade não está prevista em lei.” (Badaró, 2011, p. 343-365)

### 3 VIESES DE COGNIÇÃO

Os “vieses de cognição”, também chamados de desvios sistemáticos de racionalidade, são erros e predisposições mentais que afetam o julgamento das pessoas. Esses defeitos de interpretação foram estudados por Daniel Kahneman, que ele explica surgirem a partir de uma má utilização dos sistemas de cognição humana. (Kahneman, 2012, p. 112) Segundo Kahneman:

O Sistema 1 é intuitivo, impulsivo, rápido, automático, crédulo, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário, que inclui habilidades inatas que compartilhamos com outros animais. É exatamente onde residem os vieses cognitivos. O Sistema 2, por sua vez é deliberativo, cauteloso, lento, preguiçoso, incrédulo, oneroso, aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos, muitas vezes associadas à experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração. (...) No que toca ao processo judicial, em que se deve primar pela racionalidade da análise dos argumentos e provas trazidos pelas partes acerca dos fatos postos em litígio, os basic assessments gerados pelo sistema 1 são extremamente nocivos, visto que se corre o risco de que simplificações de problemas complexos conduzam a resultados equivocados. (grifo nosso). (KAHNEMAN, 2012, p. 113).

## Breve análise da imparcialidade objetiva do juiz sob o ponto de vista da teoria moral de Immanuel Kant

Em outras palavras, os vieses de cognição são defeitos de interpretação do julgador, caracterizado pela falha do sistema 1 e que podem conduzir à parcialidade. Segundo Christine Jolls, três tipos de vieses cognitivos, particularmente, tomam a atenção dos estudiosos da matéria: (Jolls; Sunstein; Thaler, 2009, p. 14-15).

- a) egocentric bias ou viés egocêntrico (que se refere à tendência das pessoas a interpretar informação em prol de seus próprios interesses);
- b) hindsight bias ou viés de retrospectiva (por força do qual os tomadores de decisão tendem a atribuir alta probabilidade a eventos simplesmente porque eles acabaram ocorrendo);
- c) optimism bias ou viés de otimismo (por força do qual os indivíduos acreditam que a probabilidade de enfrentarem um mau resultado é menor do que realmente é).

Esses vieses de cognição, por sua vez, podem ser combatidos pela utilização de algumas técnicas, dentre elas a debiasing, que consiste no combate aos vieses em si por meio da educação e informação de sujeitos enviesados para que reduzam seus índices de enviesamento. (Parisi; Luppi, 2021)

Para Jolls e Thaler: (2009, p. 23 e ss)

- 1) Uma possibilidade é operar diretamente sobre os erros e tentar reduzi-los ou limitá-los. É o que se chama de debiasing em sentido estrito. Aqui, não há mudança nas preferências individuais; na verdade, eliminam-se os erros no julgamento.

Costa adverte que alterações legislativas, sozinhas, não são capazes de eliminar os vieses de cognição que influenciam as decisões judiciais. (Costa, 2016, p. 141-142)

Assim, sugere algumas medidas extralegais que poderiam contribuir para o objetivo principal do estudo por ele desenvolvido, tais como:

- 1) explicação ao juiz, pelo advogado, da existência e do funcionamento das propensões cognitivas; 2) educação dos operadores do direito (juízes, delegados, promotores, etc.) em cognitive biases (vieses cognitivos) [...] (Costa, 2016, p. 142143).

Juarez Freitas, por sua vez, propõe a técnica da substituição de hábitos mentais, que leva em consideração a adoção de medidas pessoais que dependem de nutrir o hábito de desconfiar das próprias crenças, por mais sedutoras que sejam, ciente do viés da confirmação. É como dizer que, para cada enviesamento, adotar-se-á uma rotina alternativa como antídoto. (Freitas, 2013, p. 240-242).

Fato é que essa relação existente entre os atos praticados pelo juiz quando está investido de jurisdição e a motivação destes mesmos atos pode ser avaliada sob vários aspectos. No presente estudo, faremos uma breve análise a partir da filosofia moral de Immanuel Kant.

### 4 FILOSOFIA MORAL DE KANT

Ao contrário da doutrina utilitarista que condiciona a ação humana à felicidade da maioria (maximização do bem-estar) e a ideia de justiça como equidade, que visa alocar bens para dar as pessoas o que elas moralmente merecem (virtude), Immanuel Kant (1724-1804) pregava uma ideia libertária, baseada nos chamados direitos universais, sustentando que o respeito as regras não deve seguir a utilidade, nem mesmo a liberdade indiscriminada. Acreditava que a ação humana deveria ter como preceito um motivo geral e universal, de acordo com o qual, todos devem ser respeitados na sua individualidade e não como meros instrumentos para o alcance de uma felicidade da maioria. (Sandel, 2013, p.138)

Kant associava justiça e moralidade à liberdade, mas não à liberdade desenfreada ou desprendida. A liberdade que Kant defendia estava vinculada a existência de regras individuais, as quais eram criadas pelo próprio indivíduo com o fim de balizar suas ações no respeito pela individualidade alheia. (Sandel, 2013, p.140)

Nesse sentido, a moralidade não deve ser baseada apenas em considerações empíricas, como interesses, vontades, desejos e preferências que as pessoas possam ter em um determinado momento. Esses preceitos são variáveis e contingentes e dificilmente podem servir para a criação de uma lei universal.

A partir dessa visão de universalidade, Kant desenvolveu o imperativo categórico, que simplificadamente, consiste na iden-

tificação da ação humana moral como fruto da liberdade vinculada ao dever, considerando a capacidade humana de racionalizar e agir levando em conta o caráter e o reflexo universal de sua conduta na sociedade, como um fim em si mesmo. (Bobbio, 1997, p. 64)

## 4.1 O dever

Nesse raciocínio, moralidade e legalidade eram analisadas sob duas vertentes, a interna, caracterizada pela adesão à lei com a única intenção de respeitá-la (autônoma) e a externa, em que a adesão seria independentemente da pureza da intenção (heterônoma). (Bobbio, 1997, p. 63)

A motivação, portanto, é o cerne para entender a visão ética de Kant. Para que a conduta seja ética, na visão de Kant, a ação deve ser motivada unicamente pelo dever. O que caracteriza a legislação ética é a realização de ações simplesmente por serem deveres, fazendo do princípio do dever o “móbil sufi ciente do arbítrio”. (Kant, 1982, p. 326)

O fundamento de determinação do arbítrio do sujeito agente é o dever. (Weber, 2013, p. 40)

Assim, existirá ação moral quando a ação for motivada pelo dever, única e exclusivamente, pela vontade de cumprir o dever.

## 4.2 A imparcialidade

O filósofo relaciona o princípio do desinteresse e da imparcialidade, que consiste em aprovar moralmente decisões quando o sujeito se afasta dos seus interesses para analisar o caso concreto, se afastando do senso comum, pois este faria considerar igualmente cada um dos indivíduos envolvidos, ou ainda, atender ao interesse de todos.

Imparcialidade para Kant é não permitir que a decisão esteja sujeita à caprichos. Segundo ele, um tribunal sempre decidirá pela justiça abstrata e não pela equidade. O juiz, por sua vez, não pode sentenciar de acordo com condições indeterminadas. (Weber, 2013, p. 44)



### 4.3 Justiça e equidade

Kant conceitua justiça e equidade como termos distintos, que não possuem necessária ligação, tampouco, idêntica definição. (Weber, 2013, p. 39)

Vale mencionar que a equidade se distingue da justiça, de forma que pode haver justiça sem equidade. Pela equidade se reconhece um direito, embora estejam ausentes as condições formais requeridas pelo judiciário para efetivá-lo. (Weber, 2013, p. 43)

De acordo com sua origem etimológica, equidade deriva do latim *equitas, atis*, que significa julgamento justo, ou seja, é uma forma de se desconsiderar ou complementar o ordenamento jurídico em prol de uma análise subjetiva e detida aos fatos trazidos à análise, considerando suas peculiaridades e particularidades. Kant contraria essa ideia, pois, segundo ele, o juiz não pode sentenciar de acordo com condições indeterminadas. (Kant, 1982, p. 342)

Kant não reconhece a equidade como direito a ser efetivado pelo direito estrito, embora seja um direito presumido pelo direito em sentido lato. É um direito sem coerção, pois não há condições definidas para que o juiz possa se manifestar. (Gomes e Merle, 2007, p. 140)

Quando a aplicação do princípio do precedente conduz a consequências injustas, o recurso à equidade é “um recurso do juiz contra a lei”. (Perelman, 2005, p. 163)

## 5 EQUIDADE E IMPARCIALIDADE OBJETIVA

Ao contrário de Kant, que mantém-se posicionado contra a utilização da equidade para motivar as decisões, de forma que - não há que se levar em conta fatores de equilíbrio para se ter justiça, podendo esta, inclusive, existir sem aquela - a legislação brasileira adere a esta forma de aplicar o direito.

Exemplo disso pode ser encontrado no artigo 5º da lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que determina a observância dos fins sociais na aplicação da lei pelo juiz, assim como, no atual artigo 140 do Código de Processo Civil, que autoriza a utilização da equidade pelo magistrado. Tais disposições expressas no



código, nos faz perceber a preocupação do próprio legislador com a previsão de hipóteses nas quais o juiz se desprende da lei em busca do ideal justiça. (BRASIL, 2021)

É importante frisar que a análise da equidade como garantia da aplicação da justiça é aceitável. Entretanto, se formos analisar a mesma premissa tomando como base a imparcialidade objetiva, as coisas mudam.

Consoante já exposto, a imparcialidade objetiva é caracterizada pela isenção do juiz quanto aos aspectos objetivos do processo, os quais não tem qualquer ligação com as partes. São eles, por exemplo, a ordem de julgamento dos processos, a apreciação de eventuais pedidos antes da sentença (via tutela provisória), a atuação anterior do atual juiz no processo como membro de outro poder, enfim. São situações em que não há qualquer vínculo do juiz com as partes, ou ainda, como o ideal de justiça. (Europa, 2021)

Logo, não havendo contato e atuação subjetiva, não há que se falar em aplicação da equidade, afinal, a lei é clara e bem definida no que concerne aos atos judiciais que impulsionam o processo, não cabendo relativização.

Esse cenário nos parece ser um campo fértil para a aplicação dos ensinamentos kantianos, sobretudo, no que se relaciona à lei universal, de acordo com a qual o juiz deve impulsionar o feito sem qualquer análise de equidade e justiça, mas, tão somente, obedecer o seu dever legal e jurisdicional pelo simples mote de obedecê-lo.

Essa postura neutra e moral, seguindo os preceitos de Kant, se alinham com a ideia de imparcialidade objetiva, podendo ser utilizada como forma de desviesar o juiz, retirando a subjetividade do seu julgamento para com as questões objetivas do processo e uniformizando seus posicionamentos nesse sentido.

Portanto, a obediência ao dever, pura e simplesmente pelo dever, conforme apresenta Kant, é um posicionamento que, a princípio, nos parece viável no processo civil brasileiro, especificamente quando tratamos do combate à parcialidade objetiva. Isso ocorre porque, em tese, a aplicação de uma lei universal nesse caso seria capaz de blindar o julgador contra influências externas e alheias ao seu dever, e que, por vezes, comprometem a atuação jurisdicional.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, o presente artigo buscou discorrer sobre a imparcialidade objetiva, analisada em conjunto com o conceito de moralidade, equidade e imparcialidade desenvolvidos por Immanuel Kant, buscando encontrar semelhanças e pontos de contato entre o contexto filosófico e o direito brasileiro.

Tratou, ainda, dos vieses de cognição, que são desvios intelectivos capazes de atrapalhar ou impedir o discernimento imparcial.

Sendo assim, tendo exposto a conceituação de imparcialidade objetiva e esclarecido que trata-se de uma desvinculação completa do juiz com o objeto do litígio, de forma que não reste sequer a aparência de parcialidade na atuação do magistrado, e, tendo, ainda, analisado a teoria moral de Kant em comparação a dispositivos existentes na lei brasileira, conclui-se que, a ideia de justiça e, sobretudo, de equidade adotadas pelo processo civil brasileiro estão em dissonância com a filosofia kantiana.

O nosso ordenamento admite a utilização da equidade como elemento de justiça e de isonomia, o que se aplica na garantia da imparcialidade. Por outro lado, há que se destacar que a ideia de lei universal levantada por Kant, que prega, por sua vez, a total desvinculação do juiz com qualquer senso de interpretação que não seja o seu dever, faz sentido se analisada sob o ponto de vista da imparcialidade objetiva.

Nesse processo de intelecção, diferentemente do que ocorre no aspecto subjetivo, o juiz deve aplicar a lei (dever) irrestritamente, sem que se faça qualquer análise de justiça social ou equidade, afinal, o que se pretende é uma postura rígida e neutra frente a situações objetivas que envolvem o processo.

Finalmente, considerando tudo o que fora exposto, espera-se que este estudo venha contribuir para debates teóricos e empíricos sobre o tema “imparcialidade objetiva do juiz”, a fim de que novas análises filosóficas sejam feitas buscando a melhor compreensão do assunto.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOBBIO, Norberto, *Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 4ª Edição. Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1997.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del4657compilado.htm). Acesso em: 20 dez 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 19 mai 2021.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Promulga Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 19 mai 2021.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 19 mai 2021.

DWORKIN, Ronald. [Levando os direitos a sério](#). Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35 apud MAYA, André Machado. Imparcialidade como marco essencial da prestação jurisdicional penal e seus reflexos nas regras que definem a competência pela prevenção do juízo. Porto Alegre: PUCRS - Programa de pós-graduação em ciências criminais. 2009.

EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Application n. 8602/79. caso Piersack v. Bélgica. Decisão unânime. Estrasburgo. 26 out 1984. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57556&filename=00157556.pdf>. Acesso em 26 mai 2021.

GOMES, A.; MERLE, J.C. *A moral e o direito em Kant*. Mandamentos Editora, Belo Horizonte, 2007, p. 195.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. “A behavioral approach to law and economics”. *Behavioral Law and Economics*. v. I. Coord. Jeffrey J. Rachlinski. Edward Edgar: Northampton, MA, 2009.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KANT, I. *A metafísica dos costumes*. Suhrkamp. Frankfurt, 1982, p. 896.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

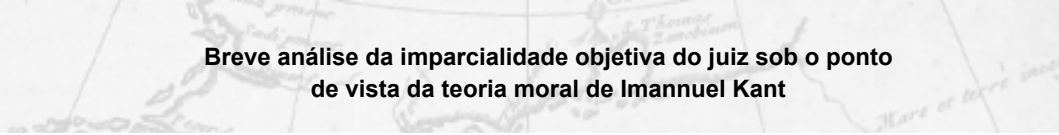
MAYA, André Machado. *Imparcialidade como marco essencial da prestação jurisdicional penal e seus reflexos nas regras que definem a competência pela prevenção do juízo*. Porto Alegre: PUCRS - Programa de pós-graduação em ciências criminais, 2009.

PERELMAN, C. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 13. ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 11. ed. Saraiva, São Paulo, 2008.

WEBER, Thadeu. Direito e justiça em Kant. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*,



**Breve análise da imparcialidade objetiva do juiz sob o ponto  
de vista da teoria moral de Immanuel Kant**

jan.-jun., Porto Alegre, 2013, 38-47.



# Ensaio acerca do dever de dizer a verdade segundo o imperativo categórico kantiano

Lucas Rodrigues Lima

## 1 LINHAS INTRODUTÓRIAS

Agir corretamente é sem dúvida um dos principais objetos de análise das mais variadas teorias morais, recaindo justamente neste ponto a cisão que muitos defendem existir entre a moral e o direito, vez que, enquanto este se trata de regulamentador de condutas humanas segundo leis criadas por uma autoridade legiferante, naquela, as regras que regedoras de ações humanas são, de regra, impostas pelo próprio sujeito face a si mesmo, que usualmente refletem os costumes, e logo, certa coerção moral do meio social em que vive.

Há, por outro lado, vozes que defendem que a plena cisão entre direito e moral é insubsistente, vez que a própria lei positiva tem por sua base concepções morais estruturantes da vida em sociedade<sup>1</sup>. Discussão esta que demonstra o quão rico é o debate envolvendo a possibilidade, ou não, de cindir direito e moral.

Em sua teoria filosófica, Kant defende, naquilo que se refere ao móbil da ação a ser perpetrada, a perfeita dissociação entre a moral e o direito positivo. Para ele, o agir moral jamais é influenciado por fatores ou forças externas ao indivíduo, tal como a lei (heteronomia), vez que ação moral só é verificável quando o seu único motor é o fato de a sua realização ser a coisa certa, e logo, obrigatória, a se fazer.

Para que seja possível conhecer, a final, se a ação que se pretende realizar é a realmente a coisa certa a ser feita, Kant sus-

---

1 Nesse sentido: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 413.

tenta que o indivíduo deve se indagar se a ação por ele prestes a ser concretizada poderia, por sua vontade, se tornar uma prática universalizável<sup>2</sup>.

A rica e complexa teoria filosófica de Kant é terreno fértil e inevitável quando do debate sobre como agir moralmente. Neste ensaio, buscaremos realizar breves comentários sobre ação moral enquanto um imperativo categórico. Neste intento, abarcaremos o confronto da teoria kantiana com a teoria do utilitarismo, a fim de lançar luzes à discussão central, que visa debater o dever de dizer a verdade. Para isto, tomaremos como base o problema muito conhecido sobre o assassino à porta.

## 2 PARA ALÉM DO PRINCÍPIO DA FELICIDADE: O AGIR MORAL KANTIANO E A CRÍTICA AO UTILITARISMO

Segundo o que apregoa a teoria utilitarista cunhada pelo inglês Jeremy Bentham (1748-1832), a qual foi em diversos pontos reformulada por John Stuart Mill (1806-1873)<sup>3</sup>, o objetivo maior do agir moral é a maximização da felicidade, compreendida pela primazia do prazer sobre a dor<sup>4</sup>.

2 Kelsen tese crítica a esta postulado da teoria moral de Kant, aduzindo que esta ela apresenta os valores que capazes de se tornarem obrigatórios a todos, fazendo desta uma teoria de justiça desprovida de conteúdo (JEVEAUX, Geovany Cardoso. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 452). É válido ressaltar que o próprio Kelsen não desenvolveu uma teoria da justiça, e semelhantemente à crítica que tese sobre a teoria de Kant, a sua teoria normativista formalista em TPD também não possui conteúdo, “porque não atribuiu ao direito qualquer objetivo concreto de promoção de interesses determinados, mas apenas a forma abstrata para alcançá-los” (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito e ideologia*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p. 69).

3 A crítica feita às reformulações da teoria utilitarista por Mill sustenta que este, para salvar o utilitarismo das ferrenhas oposições feitas aos seus termos originais cunhados por Bentham, acabou por se apoiar em concepções de um ideal moral que independem da própria utilidade (SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 71).

4 Tal premissa com a qual também é abordada pela psicanálise freudiana, segundo a qual, o indivíduo é movido pelo desejo de obtenção e permanência da felicidade, o que implica uma empresa em duas vertentes: de um lado, com um caráter negativo, pela qual o indivíduo buscaria evitar a todo custo o sofrimento e o desprazer; e de outro, de caráter positivo, buscaria a experiência de intenso



A felicidade assim considerada não se refere àquela individual de cada sujeito, mas a do maior número de pessoas possível: comunidade<sup>5</sup>, compreendida enquanto um corpo fictício formado pela soma total dos indivíduos<sup>6</sup>.

Para a doutrina do utilitarismo, o princípio basilar de maximização da utilidade não teria como destinatário único o cidadão comum – apesar de defender que este deve reger (ou ao menos constata que este de fato o faz) as suas ações pela lógica utilitarista da otimização da felicidade sobre a dor –, mas também ao próprio legislador, a quem caberia criar leis, diretrizes e regras gerais a serem seguidas de forma a maximizar a felicidade do corpo social.

Um dos exemplos mais marcantes de projeto de política pública proposto por Bentham segundo os ideais utilitaristas é conhe-

---

sentimento de prazer (felicidade) (FREUD, Sigmund. O futuro de uma ilusão, o mal-estar na civilização e outros trabalhos. v. 21. Imago. p. 49. Disponível em: <http://conexoesclinicas.com.br/wp-content/uploads/2015/01/freud-sigmund-obras-completas-imago-vol-21-1927-1931.pdf>. Acesso 12 jun. 2018).

Kant, por sua vez, discorda de Bentham ao dizer que a razão pode ser soberana aos impulsos utilitaristas que buscam sempre e a todo custo à utilidade/felicidade. Também o faz Aristóteles em sua teoria de justiça baseada na ideia de virtudes, estas, adquiridas pela educação como forma de introdução do indivíduo no caminho da vida boa e melhor para os seres humanos, que implica necessariamente a dor, impingida ao aprendiz no decorrer do trajeto de aprendizagem, até que este deixe os caminhos da injustiça, ao tornar-se virtuoso, passando a ter seu real prazer no exercício das ações virtuosas (MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade*. São Paulo: Edições Loyola, 1991. p. 127).

5 Versando sobre a teoria utilitarista, Kelsen defende que a concepção de justiça fundada na felicidade individual, mesmo que se considere a felicidade do maior número de pessoas possível – nos termos defendidos por Jeremy Bentham – é impossível. Para o autor, a única forma de se garantir, através de uma ordem social a felicidade, seria se esta sofresse uma metamorfose, deixando de significar aquilo que individualmente (para o maior número de pessoas) é considerada, passando a ter um sentido objetivo-coletivo, enquanto necessidades reconhecidas como tais pela autoridade social competente.

Desta maneira, sob a concepção de felicidade coletiva, uma ordem social justa regularia as condutas humanas a fim de “contentar a todos” (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 451). Ao versar sobre o tema, Kelsen lista como exemplos possíveis de serem catalogados como necessidades coletivas reconhecíveis como produtoras de felicidade: a alimentação, o vestuário e a moradia.

Apesar disto, admite que não há formas de ser identificados – e critica a teoria utilitarista por isso – os interesses humanos que possuiriam valor objetivo-coletivo, bem como qual seria a hierarquia existente entre eles. Segundo Kelsen, disto surgiria um intenso conflito de interesses que transformaria a concepção e a busca pelo ideal de justiça um grande problema (KELSEN, Hans. *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 4).

6 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 2012. p. 48.

cido como Panopticon, forma de presídio com uma torre central de inspeção que permitisse ao supervisor observar os detentos sem que eles o vissem, a ser explorado pela iniciativa privada, a receberia a sua contraprestação graças ao trabalho forçado imposto aos detentos.<sup>7-8-9</sup>

Contudo, a maior crítica tecida contra esta doutrina dá-se em razão de sua incompatibilidade com os direitos individuais e humanos, haja vista que pela lógica por ela defendida, os interesses da maioria sobreporiam, necessariamente, àqueles pertencentes aos indivíduos isoladamente considerados, bem como àqueles pertencentes a minorias, ante a sempre prevalência da felicidade do maior número de pessoas.

Tal raciocínio, se adotado, poderia, por exemplo, justificar a tortura de presos suspeitos de cometerem ou planejaram atentados terroristas, sob a justificativa de que o sofrimento de uma pessoa em prol do bem estar de milhares, senão lógico e preferível, seria ao menos escusável.

Para Bentham, a ideia de direitos naturais seria ilógica e desprezível, devendo o direito ser analisado não segundo aquilo que ele deveria ser (dever-ser), mas apenas por aquilo que ele realmente é. Desta maneira, a cientificidade do direito repousaria em considerá-lo como um “fato”, ao invés de um “valor”. Daí a plena cisão, por ele defendida, entre a teoria do direito e a da moral.

Contrária a esta forma de pensamento, a teoria da moral desenvolvida por Immanuel Kant (1724-1804) preceitua que, porque racionais e merecedores de dignidade e respeito, o ser humano não deve sofrer com os males advindos do menosprezo advindos de sua coisificação, ou seja, do seu trato como mero meio para se alcançar

7 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 2012. p. 49.

8 Michael Foucault em sua obra vigiar e punir analisa este protótipo prisional idealizado por Bentham: FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999.

9 Distante da realidade brasileira, a exploração da manutenção e direção de presídios enquanto atividade empresária pela iniciativa privada é uma realidade em países com os Estados Unidos da América do Norte, onde inclusive encontra-se previsto no texto constitucional a realização de trabalhos forçados por prisioneiros como parte integrante de suas penas. Sobre o tema conferir o documentário 13th, (2016) dirigido por Ava DuVernay.

Acerca da 13ª Emenda à Constituição Federal norte Americana, ela dispõe que: “Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction” [negritou-se].

determinado fim.

Tanto por isso, equivocasse o utilitarismo ao coisificar o ser humano quando apregoa que, desde que traga felicidade a um maior número de pessoas (fim último da ação), indivíduos ou minorias podem sofrer com a subjugação de seus direitos, já que isto significaria para Kant o menosprezo da dignidade humana, elemento atribuído em proveito do ser humano, o caráter de fim em si mesmo<sup>10</sup>.

Nesta esteira, “Kant argumenta que a moral não diz respeito ao aumento da felicidade ou a qualquer outra finalidade [...] [estando fundamentada] no respeito às pessoas como fins em si mesmas”<sup>11</sup>. Com isto, Kant atribui especial relevância à dignidade da pessoa humana, que foi de toda desconsiderada pela doutrina utilitarista.

Diversamente da lógica utilitarista pela qual toda ação humana é destinada à maximização da felicidade, Kant deposita na razão a maior autoridade moral do agir humano, já que intimamente ligada à capacidade de sermos livres. Para ele, se estivéssemos fadados a seguir os impulsos (internos ou externos) que nos impelem a buscar, a todo custo, evitar a dor e obter a felicidade, não seríamos verdadeiramente livres e racionais, mas escravos de nossos anseios, apetites e desejos<sup>12</sup>.

Para Kant, o agir do homem bom não é aquele dirigido pelos desejos e impulsos, ou contingenciado de forma externa (heteronomia)<sup>13</sup>, mas é aquele realizado com autonomia, somente presente

10 Esta é uma das três formulações do imperativo categórico kantiano (todas derivadas da mesma lei moral) conhecida como fórmula da humanidade como um fim em si. Nas palavras de Kant: “Somente o homem considerado como pessoa, isto é, como sujeito de uma razão prático-moral eleva-se acima de qualquer preço; pois como tal (homo noumenon) tem de ser avaliado não meramente como meio para outros fins, nem mesmo para seus próprios fins, mas como fim em si mesmo, isto é, ele possui uma dignidade (um valor interno absoluto), pela qual ele constringe todos os outros seres racionais do mundo a ter respeito por ele e pode medir-se com qualquer outro dessa espécie e avaliado em pé de igualdade”. (KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. 2013. p. 208) [grifos no original].

11 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 2012. p. 137.

12 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 2012. p. 140.

13 “[...] em Kant, somente o fato da liberdade permite fundar a autonomia da moral e o imperativo categórico. Liberdade que determina primeiramente o agir a partir da boa vontade, ser racional e autônomo. O sujeito deve estar animado de uma boa vontade, de uma intenção profunda de cumprir com o seu dever, sem importar-se com o que possa suceder fazendo abstração a qualquer outra consideração” (GRZIBOWSKI, Silvestre. *Levinas e Kant: um estudo a partir da autonomia e heteronomia*. In: *Revista Filos. Aurora*, Curitiba. v. 22. n. 31 [p. 545-556]. Jun/dez. 2010. p. 549).

quando de acordo com a lei que o indivíduo cria e impõe a si mesmo<sup>14</sup>.

É através da observância desta lei criada por si e para si, cuja concretização é o seu único fim, age-se moralmente. Assim, a ação moral não é jamais direcionada com vistas aos benefícios passíveis de serem obtidos, tais como a felicidade, o prazer, a utilidade, a minimização da dor, o furtar-se de represárias ou sanções, dentre outras. Daí porque a motivação do agente ao agir, se contingenciado por outros ou pelos próprios impulsos, ou racionalmente, pela vontade de fazer a coisa certa, por ser a coisa certa, determinará se natureza de sua ação.

### 3 O DEVER DE DIZER A VERDADE COMO UM IMPERATIVO CATEGÓRICO

A lei universal criada por Kant, assim como as demais formulações<sup>15</sup>, é estabelecida como um imperativo categórico<sup>16</sup>, assim designada por excluir a prática de ações inclinações externas e condicionais, estas, imperativos hipotéticos. Em outras palavras, é dizer que as diretrizes advindas deste imperativo são incondicionais e um a priori, “razão pela qual se distinguem dos imperativos técnicos [...], que sempre comandam apenas de modo condicional”, a depender de determinadas circunstâncias concretas<sup>17</sup>.

14 “O fundamento da possibilidade dos imperativos categóricos, todavia, reside em que eles não se referem a nenhuma outra determinação do arbítrio (através da qual se possa atribuir-lhe um propósito), mas unicamente à sua liberdade” (KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2013. p. 208) [grifos no original].

15 “As formulações do imperativo categórico são: a fórmula da lei universal “Aja somente com aquela máxima através da qual você pode ao mesmo tempo querer que se transforme em lei universal”; a fórmula da humanidade como um fim em si: “Aja somente para usar a humanidade, em sua própria pessoa como na pessoa de qualquer outro, nunca meramente como um meio, mas ao mesmo tempo como um fim”; e a fórmula da autonomia, que Kant não concebe, a princípio, como um imperativo, mas como “a ideia da vontade de todo ser racional como uma vontade legisladora universal”. O princípio da autonomia, considerado por Kant como a terceira formulação do imperativo categórico, é posteriormente substituído pelo princípio do “reino dos fins”, segundo o qual, “toda máxima originada de nossa legislação deve harmonizar em um reino dos fins, com um reino da natureza” (DAGIOS, Magnus. O imperativo categórico kantiano e a dignidade da pessoa humana. In: *Revista opinião filosófica*. Porto Alegre. v. 8. n. 01, 2017. p. 132) [grifos no original].

16 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 2012. p. 151.

17 KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. 2013. p. 28.

Segundo a lei universal kantiana, cada indivíduo deve conduzir as suas ações como se estas pudessem, por sua vontade, se tornar uma lei universal, a ser seguida por toda coletividade, sem que disto culminem em contradições. Nos exatos termos do filósofo: “Aja conforme a uma máxima que possa valer ao mesmo tempo como uma lei universal”<sup>18</sup>.

Diferentemente do pensamento utilitarista o motor da ação não está depositada nos frutos dela obtiveis, mas na motivação, moral ou não, do indivíduo. Destarte, as possíveis consequências advindas do ato não é objetivo do agir moral segundo a lei universal, mas serve ao propósito de verificar se a máxima está de acordo com o imperativo categórico. “Uma falsa promessa não é moralmente errada porque, de modo geral, subverte a confiança geral (embora isso possa ser verdade). Ela é errada porque, ao fazê-la, priorizamos nossas necessidades e nossos desejos [...] em relação às necessidades e os desejos de todos os outros”<sup>19</sup>. Agindo de tal forma, contradizemos o caráter humana de fim em si mesmo, ao transformá-lo em meio para a obtenção daquilo que realmente desejamos, conduta que se revela, assim, impossível de ser universalizada.

Também a mentira é um exemplo claro de prática condenada pela doutrina moral kantiana, vez se tratar de “um ato que não precisa ser doloso aos outros para ser repudiada”<sup>20</sup>. Segundo Kant, dizer a verdade é um mandamento sagrado da razão, imposta de forma incondicional, não sendo restrita por qualquer conveniência, que se resume no dever de ser verídico em todas as declarações<sup>21</sup>.

O ato de mentir compõe, talvez, um dos pontos mais polêmico da teoria moral kantiana, integrando um problema moral amplamente debatido tanto defensor, quanto antagonistas.

Benjamin Constant (1767-1830) em ensaio intitulado “Das reações políticas”, publicado pela primeira vez no fascículo VI, n.

18 KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. 2013. p. 28.

19 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 2012. p. 153-154.

20 NASCIMENTO, Francisco Eliandro Souza do; GRIOT, LOPES, Jorge Luis Carneiro. Kant e a mentira. In: *Griot – Revista de filosofia*. v. 11. n. 1. jun. 2015. p. 4. Disponível em: <https://www2.ufrb.edu.br/griot/component/phocadownload/category/9-downloads-vol-11-n-01-junho-2015?download=85:1>.

21 KANT, Immanuel. Sobre o pretensão direito de mentir por amor aos homens. Publicado primeiramente em: Os filósofos e a mentira (Fernando Rey Puente, org.). Belo Horizonte: Editora UFMG. Departamento de filosofia – FAFICH/UFMG, 2002. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~tcalvet/Kant%20Sobre%20um%20pretensao%20direito%20de%20mentir.pdf>.

1, da revista “A França no ano 1797”, atribui a Kant a autoria do famoso caso hipotético que visa analisar o dever moral de dizer a verdade, na situação em que um assassino, que sabemos desejar atentar contra a vida de um amigo, nos interroga acerca de seu paradeiro. Diz o filósofo francês que:

O princípio moral que dizer a verdade é um dever, se fosse considerado incondicionada e isoladamente, tornaria impossível qualquer sociedade. Temos a prova disso nas conseqüências diretas que um filósofo alemão [Kant] tirou desse princípio, chegando até mesmo a pretender que a mentira seria um crime em relação a um assassino que nos perguntasse se o nosso amigo, perseguido por eles, não está refugiado em nossa casa<sup>22</sup>.

O caso narra a situação hipotética em que “uma amiga esteja escondida em sua casa e um assassino bata à sua porta procurando por ela”<sup>23</sup>. A questão que se põe perante está situação é: seria moralmente escusável mentir para o assassino na tentativa de proteger uma pessoa querida? Ou, ao contrário, teríamos o indivíduo nesta situação – assim como em todas as outras – o dever incondicional de dizer a verdade, ainda que isto implique comprometer seriamente a vida de um amigo?

Analisando a posição de Constant, o filósofo norte americano Michael J. Sandel (1953) argumenta que a moralidade do ato de mentir para o assassino, se dá porque “[o] dever de falar a verdade só se aplica, alegou Constant, àqueles que merecem a verdade, o que certamente não é o caso do criminoso”<sup>24</sup>. Ao seu turno, Kant defende que o ato de dizer a verdade é um dever moral incondicional para com todos e em todos os casos, ainda que isso signifique o potencial prejuízo de outra pessoa, mesmo que querida, justamente porque sua filosofia moral não repousa sobre a análise das conseqüências, mas nos princípios éticos enquanto um a priori.

Analisando as possíveis conseqüências advindas dos atos de mentir ou de dizer a verdade ao assassino, Kant pontua que:

Contudo, é possível que, depois de teres honestamente respon-

22 Apud: KANT, Immanuel. *Sobre o pretensão direito de mentir por amor aos homens*. 2002. p. 1.

23 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 2012. p. 165.

24 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 2012. p. 165.

dido “sim” ao assassino que te perguntava se aquele que ele queria matar estava em tua casa, este tenha de fato saído sem ser notado e tenha, assim, escapado ao assassino, e que, então, o crime não tenha ocorrido; mas se tivesses mentido e dito que ele não estava em tua casa e que ele tenha realmente saído (embora sem que o saibas), caso o assassino o encontre tentando sua saída e cometa seu crime, podes então ser justamente acusado como autor de sua morte. Pois se tivesses dito a verdade tal como a sabias, então talvez o assassino, ao procurar o seu inimigo na casa, teria sido preso por vizinhos que acoressem, e o crime teria sido impedido<sup>25</sup>.

Ao analisar o caso, é preciso partir da premissa de que a vida e a integridade física daquele que é indagado pelo assassino sobre a localização do amigo escondido esta assegurado, como se a linguagem utilizada pelo criminoso quando do questionamento feito (“ondes se encontra sua amiga?” ou “ela está aqui?”) tivesse função puramente interrogativa<sup>26</sup>.

Isto porque, em situações com esta, uma pergunta feita por um criminoso não possui função exclusivamente interrogativa, mas esta lastreada na função linguística prescritiva<sup>27</sup>, como nas frases: “conte-me onde sua amiga se encontra”, ou “diga-me se ela está aqui”, se subentendendo, nas situações de não expressamente verbalizado: “do contrário atentarei contra sua vida/integridade física”.

Em sentido contrário, Hega Varden defende que:

Kant [...] diz expressamente que ele está se referindo a casos em que alguém é injustamente forçado a dizer algo para evitar injusta agressão contra si ou contra terceiro, ou seja, um caso em que pessoa que atende a porta não possui a opção de pedir que o assassino vá embora<sup>28</sup>.

25 KANT, Immanuel. *Sobre o pretensão direito de mentir por amor aos homens*. 2002. p. 3.

26 “Linguagem interrogativa ou linguagem das perguntas ou dos pedidos é a de que se utiliza o ser humano diante de objetos ou situações que desconhece” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila de Filosofia do Direito I: Lógica jurídica*. São Paulo. PUC, 1999. p. 20).

27 “Linguagem prescritiva de condutas presta-se à expedição de ordens, de comandos, de prescrições dirigidas ao comportamento das pessoas” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila de Filosofia do Direito I: Lógica jurídica*. 1999. p. 18).

28 Tradução livre do trecho: “Kant [...] explicitly says that he is talking about cases in which someone is unjustly coerced into saying something to avoid wrongdoing to oneself or someone else and cases in which the person answering the door does not have the option of asking the murderer to go away”. (VARDEN, Helga.



Analisando por esta perspectiva, é sem dúvida interessante notar certo influxo utilitarista<sup>29</sup> incidente sobre o caso, já que nos parece evidente que em casos como este, o sujeito questionado, por estar submetido à coação de ser vítima de um mal injusto, levaria em consideração a própria segurança e integridade física ao responder a pergunta formulada pelo criminoso, a fim de minimizar as chances de ser vítima de algum mal, e maximizar a felicidade de não sofrer mal algum<sup>30</sup>.

Considerando como uma prescrição a pergunta feita pelo assassino, algumas são as consequências passíveis de ocorrência: (i) o dono da casa diria a verdade ao criminoso, indicando que seu amigo está ali escondido. Ao assim agir, estaria cumprindo com o dever moral categórico de dizer sempre a verdade, e ainda, maximizaria as chances de não ser vítima de mal injusto, contudo, colocaria em risco a integridade física de seu amigo; (ii) mentiria para o assassino. Com isto, poria a salvo a vida da amiga, todavia, estaria faltando com a verdade, sem contar, que estaria maximizando as chances de sofrer a sanção prescrita, mesmo que implicitamente, pelo criminoso (dor, sofrimento ou até a morte), caso este descobrisse se tratar de uma inverdade.

Este último ponto merece uma consideração. Ao mentir para o assassino, o indivíduo estaria assumindo para si o risco eventual (provável ou não) de sofrer um mal injusto, que poderia, inclusive,

---

Kant and Lying to the Murderer at the Door... One More Time: Kant's Legal Philosophy and Lies to Murderers and Nazis. In: *Journal of social philosophy*. v. 41. n. 4. [p. 403-421]. Winter. Wiley Periodicals, inc., 2010. p. 407).

29 Ainda que neste caso haja uma importante distinção a ser pontuada: no exemplo dado, existe uma situação exclusivamente individual, ao contrário do que apregoa a doutrina utilitarista, que visa maximizar a utilidade do maior número de pessoas possível, e não apenas de uma pessoa isolada.

30 Levar isto em consideração também significa se afastar de posições que visam resolver o problema de forma transversal, ou seja, sem enfrentá-lo propriamente: "[...] one might emphasize that on Kant's account you never have to answer people's questions just because they ask. There is nothing morally problematic about refusing to answer questions from murderers. Instead, the homeowner may simply ask the murderer to go away as it is none of his business who is in his house. The claim is that Kant's account of truth telling neither entails that one has a duty to disclose information to just anyone, let alone to strangers and murderers, nor that one has no right to privacy. Second, it is tempting to respond to the problem by saying that on Kant's account we can answer, "yes, Ms. X is in the house, but you are not allowed into my house." [...]" (VARDEN, Helga. *Kant and Lying to the Murderer at the Door... One More Time: Kant's Legal Philosophy and Lies to Murderers and Nazis*. 2010. p. 406-407).



significar a perda de sua própria vida. Logo, seria válido indagar se isto não seria, sob o prisma, também uma violação à dignidade humana (vida daquele que mentiu), pois que um fim em si? Para se conceber melhor a questão se faz necessário pontuar brevemente o que Kant diz sobre o ato de disposição da própria vida.

Ao tratar sobre o tema, Kant refere-se precisamente acerca da supressão voluntária da própria vida, e não a quanto à assunção de eventual risco de perder a vida por ato praticado por terceiro.

Kant diz em sua obra *Metafísica dos Costumes*, que a supressão da própria vida é um crime, por ele classifica como assassinato. Para além disso, diz que tal fenômeno pode ser concebido igualmente como uma “transgressão do dever para com outros seres humanos (de um cônjuge para com outro, dos pais para com as crianças, do súdito para com a autoridade ou seus concidadãos e, por fim, também do homem para com Deus, abandonando o lugar que ele nos confiou no mundo, sem ser a isso chamado)”.

Não é este, entretanto, o foco principal na análise de Kant, e também não é a do presente ensaio. O que nos interessa neste momento tange apenas à “violação de um dever para consigo mesmo, a saber, se mesmo colocando de lado todas essas considerações, o homem ainda assim seria obrigado à conservação de sua vida meramente pela sua qualidade enquanto pessoa e se, neste caso, teria de reconhecer um dever (e, certamente, estrito) para consigo mesmo”<sup>31</sup>

Linhas gerais, Kant condena a prática de disposição voluntária da própria vida dizendo que esta não poderia ser, jamais, uma máxima universalizável<sup>32</sup>, já que

[...] enquanto vive, o homem não pode alienar sua personalidade, e é uma contradição ter a autorização para se subtrair a toda

31 KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. 2013. p. 198-199.

32 “A máxima em tela é descrita por Kant da seguinte maneira: “Tomo por princípio que devo por amor a mim encurtar a vida; caso perdure, ela me ameaça mais com desgraças do que me promete amenidades.” O filósofo dá ao eventual candidato ao suicídio a tarefa de esclarecer, junto a si mesmo, se o princípio do amor próprio tem condições de tornar-se lei universal da natureza. Com isso, Kant constata, como evidente, a contradição de uma natureza cuja lei consiste em destruir a vida por meio do sentimento que suscita a conservação da mesma, razão por que conclui apodítico: “[...] aquela máxima não poderia de forma alguma configurar-se como lei universal da natureza e é, portanto, absolutamente contrária ao princípio supremo de todo dever” (HECK, José n. O suicídio como violação de um dever de virtude. IN *Filosofia Unisinos* 6(1) [71-83]. jan/abr. 2005. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/6335/3485>).

a obrigação, isto é, a agir livremente, como se para essa ação não se precisasse de absolutamente nenhuma autorização. Aniquilar em sua própria pessoa o sujeito da moralidade é o mesmo que exterminar do mundo a própria moralidade segundo sua existência, na medida em que esta dele depende; moralidade que todavia é fim em si mesma. Por conseguinte, dispor de si mesmo enquanto mero meio para um fim qualquer significa degradar a humanidade em sua pessoa (*homo noumenon*)<sup>33</sup>.

Se, por um lado, a assunção do risco de sofrer mal injusto em prol da salvaguarda de um ente querido, parece-nos ser uma máxima possível de ser universalizada, já que para tanto, não estaria o sujeito tomando as possíveis consequências de tal agir (risco de perder a vida) como razão de ser de sua ação, mas sim o amor ao ente querido. O ato de mentir, ainda que para um criminoso, contudo, é questão muito mais problemática dentro das premissas kantianas.

O ato de dizer a verdade ao assassino por medo das consequências eventualmente imposta contra si caso descoberto, parece não ser um agir universalizável, já que a realização de tal ato teria sua razão de ser o medo, portanto, as possíveis consequências, e não o próprio ato de dizer a verdade, enquanto um a priori.

A solução apontada por alguns à problemática repousa naquela que já teria sido anunciada por Kant, consistente nas verdades evasivas ou técnicas. “Kant acha que há muito em jogo nessa distinção”<sup>34</sup>. Há para ele, uma importante distinção entre a ação de mentir de forma categórica, e de dar uma resposta verdadeira, porém, evasiva a alguém.

É preciso lembrar que o dever de dizer a verdade provém da ideia de que a ação a ser perpetrada deve ser, pela vontade do agente, transformada em lei universal, sem que disso advenha contradição. Para Kant, mentir jamais poderia se transformar em uma lei universal. Por outro lado, ela aduz que a “declaração verdadeira mas enganadora [...] não ameaça o imperativo categórico da mesma forma”, porque “uma declaração enganosa mais ainda verdadeira não coage ou manipula o ouvinte da mesma forma que o faz uma mentira categórica”. Existiria nestas hipóteses “sempre a possibilidade de que um ouvinte atento possa descobrir a verdade”<sup>35</sup>.

33 KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. 2013. p. 199.

34 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 2012. p. 166.

35 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 2012. p. 166 e 170.

No caso-problema do assassino à porta, o mentir categórico teria como causa tão somente garantir a segurança do amigo refugiado em esconderijo, e por consequência, a assunção, da parte de quem mente, do risco de sofrer mal injusto caso descoberto. Logo, não seria este um agir por princípio (a priori), mas um agir com vistas às consequências passíveis e também prováveis de ocorrência, portanto, não seria uma máxima universalizável.

Ao seu turno, dizer a verdade ao assassino, porém de forma evasiva ou técnica, como por exemplo, afirmando que vi meu amigo mais cedo em outra localidade, seria uma ação conjugada por motivos diversos: o primeiro deles, pelo dever e vontade de proteger a pessoa, sem com isto assumir prontamente o risco de sofrer eventuais represarias por parte do assassino, e ao mesmo tempo, guardar o dever que tenho de dizer a verdade como ação devida de forma independente das circunstâncias e consequências.

O próprio Kant se valeu deste aparente artifício. Ordenado pelo rei Frederico Guilherme II a não mais se pronunciar publicamente sobre religião, Kant cuidadosamente respondeu ao monarca dizendo: “como súdito fiel de Vossa Majestade, renunciarei a quaisquer palestras públicas ou comentários escritos sobre religião futuramente”. Anos depois, com a morte do rei, Kant se deu por liberado de sua promessa, já que, com a morte do rei, deixara de ser súdito do referido monarca<sup>36</sup>.

Essa solução apresentada ao problema não é livre de controvérsia, haja vista apresentar uma solução aparentemente parcial, e via de consequência, não satisfatória, à questão.

Contrária à posição que defende que para Kant mentir seria uma falta moral, há quem defenda que, em verdade, o filósofo alemão, ao tratar sobre a mentira a um assassino, estaria analisando a questão com base na ideia num contingenciamento externo, como a lei positiva, por exemplo<sup>37</sup>, e não com segundo os ideais de virtude, conforme a moral.

Segundo esta tese, o indivíduo receptor da pergunta/comando emitida pelo assassino não cometeria uma falta moral ao negar a informação que este deseja, ou até mesmo ao mentir para mesmo.

36 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 2012. p. 167.

37 WEBER, Thadeu. Direito e justiça em Kant. *Revista de Estudos Constitucionais, hermenêutica e Teoria do Direito (UNISINOS)*. [p. 38-47] São Leopoldo, Rio grade do Sul. Jan/Jan. 2016. p. 40.

Isto porque, “se alguém forçar você a revelar alguma informação em casos em que você está constrito a revelar algo, esta pessoa te molesta, e não o contrário. [...] Isto seria, portanto, uma injusta agressão já que o assassino à sua porta não possui o direito de obter tal informação e, portanto, ameaça-lo a fim de obter a verdade”<sup>38</sup>.

Entretanto, ao menos a princípio, esta perspectiva de análise pode ser acusada de sofrer, também, da parcialidade identificável na solução apresentada pelo próprio Kant, já que deixa de analisar o problema sobre a ótica da lei universal, mesmo que tal tese parta da sustentação de que o escrito de Kant (Sobre o pretensão direito de mentir por amor aos homens) não trata da máxima da universalização, mas de deveres externos estabelecidos (lei positiva).

De toda forma, restaria, todavia, sem resposta, diferentemente da solução das verdades técnicas ou evasivas, a pergunta se o dever de dizer a verdade poderia ser escusável em determinadas circunstâncias, contradizer o imperativo categórico, um a priori não consequencialista, que senão a escolha cuidadosa das palavras.

#### 4 LINHAS CONCLUSIVAS

Diferentemente do utilitarismo, pela moral kantiana o agir humano (vontade) deve ser desembaraçado e livre do contingenciamento externo, como a lei positiva ou a coação moral social, e também do contingenciamento interno, como os sentimentos, as paixões e os desejos, vez que a coisa certa a se fazer deve ser ela apreendida como o fim mesmo de sua prática, realizada, assim, de forma desinteressado das consequências passíveis ocorrência.

Para Kant, não deve ser, pois, a utilidade, consubstanciada na maximização do prazer e felicidade e a minimização da dor, o intento por detrás do agir, mas a lei moral estatuída pelo individuo de forma racional e livre. Daí porque a lei moral é um imperativo categórico, não invariável e hipotético, mas um a priori.

Conforme vimos neste ensaio, o dever moral de dizer a ver-

38 Tradução livre do trecho: “[...] if someone forces you into a situation from which you cannot escape unscathed without giving up your information, this person wrongs you, not the other way around. This is why Kant says in the “Supposed Right to Lie,” [...] that the case of the murderer at the door involves one person (the murderer) subjecting another to “an unjust constraint” [...]. It is an unjust constraint because the murderer at the door does not have a right to obtain your information and hence threatening you to get it [...]” (VARDEN, Helga. *Kant and Lying to the Murderer at the Door... One More Time: Kant's Legal Philosophy and Lies to Murderers and Nazis*. 2010. p. 408).

dade é um excelente exemplo de como, analisada pragmaticamente, a teoria moral kantiana está longe do consenso.

Neste ensaio procuramos, ainda que de forma breve, apontar como, a princípio, a ideia de verdades técnicas ou evasivas aparenta mostrar uma solução ao problema, sem com isto, permanecendo dentro das premissas estabelecidas pela teoria moral de Kant. Contudo, as teses contrárias aqui ventiladas realçam quão rico é o estudo e debate da referida teoria.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila de filosofia do direito I: lógica jurídica*. São Paulo. PUC, 1999.

DAGIOS, Magnus. O imperativo categórico kantiano e a dignidade da pessoa humana. In: *Revista opinião filosófica*. [p. 131-144] Porto Alegre. v. 8. n. 01, 2017.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAGGION, Andréa Luisa Bucchile. O imperativo categórico como realização da necessidade lógica da razão. In: *Revista de Filosofia, Curitiba*, v. 15 n.17, p. 43-53, jul./dez. 2003.

FREUD, Sigmund. O futuro de uma ilusão, o mal-estar na civilização e outros trabalhos. v. 21. Imago. p. 49. Disponível em: <http://conexoesclinicas.com.br/wp-content/uploads/2015/01/freud-sigmund-obras-completas-imago-vol-21-1927-1931.pdf> Acesso: 12 jun. 2018.

GRZIBOWSKI, Silvestre. Levinas e Kant: um estudo a partir da autonomia e heteronomia. In: *Revista Filos*. Aurora, Curitiba. v. 22. N. 31 [p. 545-556]. Jun/dez. 2010.

HECK, José n. O suicídio como violação de um dever de virtude. In: *Filosofia Unisinos*. 6(1) [71-83]. jan/abr. 2005. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/6335/3485>

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito e ideologia*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

\_\_\_\_\_. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução de [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Rio de Janeiro: Vozes: São Paulo: Universitária São Francisco, 2013.

\_\_\_\_\_. Sobre o pretense direito de mentir por amor aos homens. Publicado primeiramente em: Os filósofos e a mentira (Fernando Rey Puente, org.). Belo Horizonte: Editora UFMG. Departamento de filosofia – FAFICH/UFMG, 2002. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~tcalvet/Kant%20Sobre%20um%20pretense%20direito%20de%20mentir.pdf>.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes. 2001.

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

NASCIMENTO, Francisco Eliandro Souza do; GRIOT, Jorge Luis Carneiro Lopes. Kant e a mentira. In: Griot – Revista de filosofia. v. 11. n. 1. jun. 2015. Disponível em: <https://www2.ufrb.edu.br/griot/component/phocadownload/category/9-downloads-vol-11-n-01-junho-2015?download=85:1>.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

VARDEN, Helga. Kant and Lying to the Murderer at the Door. One More Time: Kant's Legal Philosophy and Lies to Murderers and Nazis. In: *Journal of social philosophy*. v. 41. n. 4. [p. 403-421]. Winter. Wiley Periodicals, inc., 2010.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís

**Ensaio acerca do dever de dizer a verdade segundo o imperativo  
categórico kantiano**

Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Thadeu. Direito e justiça em Kant. *Revista de Estudos  
Constitucionais, hermenêutica e Teoria do Direito (UNISINOS)*.  
São Leopoldo, Rio Grande do Sul, jan. 2016.





# O sistema tributário e os princípios da justiça em John Rawls: o que a teoria da justiça exige da organização de um sistema tributário?

Luis Henrique Silva de Oliveira

## 1 INTRODUÇÃO.

Neste artigo, propõe-se uma análise das exigências impostas à organização do sistema tributário sob a ótica dos princípios da justiça tal como concebidos por John Rawls, em contraposição aos critérios utilitaristas, em sua versão clássica de acordo com a teoria de Jeremy Bentham e John Stuart Mill. Compreende-se que a teoria da justiça, de cunho assumidamente procedimental, de Rawls oferece melhores instrumentos para a proteção do indivíduo e seus direitos, protegendo-os de interferências ostensivas em prol da coletividade. Ainda assim, desafia-se o seu idealismo e as conclusões dele decorrentes, em especial a ausência de progressividade quanto à renda para a distribuição do dever do indivíduo de contribuir por meio do pagamento de tributos para o custeio da estrutura básica da sociedade, que parece estritamente vinculada a uma sociedade ideal de proprietários existente apenas em sua teoria, uma vez que a desigualdade econômica e social atinge, no tempo atual, patamares altos, inclusive, nas sociedades centrais e, mais ainda, nas periféricas, tal como é o caso da sociedade brasileira. O método utilizado é dedutivo e a pesquisa se desenvolve por meio da revisão bibliográfica.

## 2 A TEORIA DA JUSTIÇA EM RAWLS.

Rawls compreende a justiça como a primeira virtude das instituições sociais, assim como a verdade é a primeira virtude dos sistemas de pensamento. Dessa forma, tal como uma teoria, considerados seus méritos, deve ser rejeitada caso seja considerada falsa; devem as leis e as instituições ser abolidas caso sejam reputadas injustas. Para a concepção de justiça apresentada, todos os indivíduos possuem uma dimensão de inviolabilidade, fundada na justiça, que a sociedade não pode superar, ainda que isso traga benefícios coletivos. Sob esse fundamento, denega-se a perda da liberdade do indivíduo para a satisfação de qualquer finalidade social, por mais privilegiada que seja<sup>1</sup>.

A concepção de justiça desenvolvida pelo autor – inspirada em aspectos do pensamento desenvolvido por Kant – dá-se numa situação hipotética e antecedente à ação empírica, por meio de um processo de deliberação a-histórico, em que seres humanos livres, iguais e racionais, escolhem os princípios da justiça que serão responsáveis, num momento posterior, pelo arranjo das principais instituições sociais enquanto responsáveis pela distribuição dos direitos e deveres fundamentais e, também, das vantagens advindas da convivência em sociedade. Rawls compreende a sociedade como um arranjo mais ou menos cooperativo entre os indivíduos que reconhecem algumas regras como obrigatórias em sua convivência social, organizada de forma a promover o bem daqueles que tomam parte na sociedade. Não obstante seu caráter cooperativo, a sociedade é marcada pelo conflito e também pela identidade de interesses: a primeira situação ocorre porque as pessoas não são indiferentes à forma pela qual os direitos, os deveres e as vantagens e as desvantagens do empreendimento social são distribuídas, preferindo sempre uma parcela maior de direitos e de vantagens para que possam perseguir seus objetivos de vida; a segunda situação, decorre da natureza cooperativa do empreendimento social que é capaz de promover uma vida melhor para os participantes da sociedade. Os princípios da justiça social atuam sob as instituições básicas da sociedade, como um critério decorrente do consenso – hipotético e não histórico – en-

---

1 RAWLS, John. *A theory of justice*. Rev. Ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 3.

tre os seus participantes para a distribuição desses direitos e deveres, vantagens e desvantagens, provindos da cooperação social, dentre as diversas formas de organização social possível<sup>2</sup>.

O objeto da teoria da justiça de Rawls, portanto, é a justiça social e o funcionamento das instituições sociais principais e a forma pela qual essas instituições favorecem determinados “pontos de partida”<sup>3</sup> em detrimento de outros, o que perpetua a desigualdade entre os participantes da sociedade, afetando seus prospectos de sucesso na vida. Sob essas desigualdades, que não podem ser justificadas pela alusão a talentos naturais ou ao mérito, devem ser aplicados os princípios da justiça apresentados pelo autor. De outro lado, limita-se o âmbito de aplicação dos princípios da justiça de duas formas: eles não se aplicam a casos particulares, mas, sim, às questões relativas ao funcionamento das instituições, excluindo-se, por exemplo, as transações privadas ou a algumas relações mantidas entre grupos específicos; e também, aplicam-se a uma sociedade bem ordenada, por isso, são excluídos do seu âmbito de estudo o direito de resistência, o direito à revolução e a desobediência civil, por serem casos típicos de sociedades que vivem em regimes injustos, que por conseguinte são considerados mal ordenados<sup>4</sup>.

Rawls aponta como a principal ideia de sua teoria da justiça, uma nova apresentação das teorias contratualistas vistas em Rousseau, Locke e Kant, por meio de uma generalização e elevação do

2 RAWLS, 1999, p. 4. No texto original: [...] Let us assume, to fix ideas, that a society is more or less self-sufficient association of persons who in their relations to one another recognize certain rules of conduct as binding and who for the most part act in accordance with them. Suppose further that these rules specify a system of cooperation design to advance the good of those taking part in it. Then, although a society is cooperative venture for mutual advantage, it is typically marked by conflict as well as by an identity of interests. There is an identity of interests since social cooperation makes possible a better life for all than any would have if each were to live solely by his own efforts. There is a conflict of interests since persons are not indifferent as to how the greater benefits produced by their collaboration are distributed for in order to pursue their ends they each prefer a larger to a lesser share. A set of principles is required for choosing among the various social arrangements which determine this division of advantages and underwriting an agreement on the proper distributive shares. These principles are the principles of social justice: they provide a way of assigning rights and duties in the basic institutions of society and they define the appropriate distribution of the benefits and burdens of social cooperation.”

3 RICOUER, Paul. *O justo I*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 96-97, afirma que foi o “escândalo da desigualdade” que colocou em movimento o pensamento de Rawls acerca da questão da justiça social, com vistas à formulação de um argumento anti-sacrificial que fizesse frente ao utilitarismo.

4 RAWLS, 1999, p. 6-8.

grau de abstração dos postulados do contrato social<sup>5</sup>. Para tanto, o contrato social não representa mais o início de uma sociedade em particular ou o início de uma forma de governo, mas, sim, a escolha dos princípios da justiça capazes de ordenar a vida em sociedade. Tais princípios serão aqueles escolhidos por pessoas livres e racionais (denominados de indivíduos representativos) escolheriam em uma posição original de igualdade para ditar os termos de sua associação, de forma regulamentar todos os demais acordos posteriores; e também as formas de cooperação social que poderão ocorrer nas formas de governo que podem vir a ser estabelecidas. A essa concepção de justiça, o autor dá o nome de ‘justiça como equidade’<sup>6</sup>. Observa-se que a eleição dos princípios da justiça leva ao consenso das pessoas quanto à adesão a esta versão do contrato social, ao passo que, nas vertentes clássicas, ocorre o processo inverso. Em tempo, para Rawls, a entrada do homem na sociedade em que está inserido não se dá de forma voluntária e tampouco pode o ser humano dela se retirar<sup>7</sup>.

A escolha dos princípios da justiça, pelos indivíduos representativos, dá-se por meio de um acordo hipotético e a-histórico, tomado por meio de uma deliberação realizada na chamada posição original. Jeveaux aponta que o desenvolvimento do critério de justiça em Rawls se dá com base na utilização dos conceitos de Kant de autonomia, imperativo categórico, “eu em si” e de injusto. Expressa-

5 OLIVEIRA, Neiva Afonso. *Rousseau e Rawls: contrato em duas vias*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 117: “Em resumo, a pretensão de Rawls é usar as bases do contratualismo clássico para a elaboração de uma proposta ética abrangente, isto é, compreensiva, capaz de fazer frente à concepção utilitarista predominante na sociedade contemporânea. Em outras palavras, trata-se de uma doutrina filosófica abrangente, que reclama ser racionalmente mais consistente que as demais e, portanto, preferível a qualquer outra. Isto, então, que o autor buscou sistematizar em *Uma teoria da justiça* (1971).”.

6 RAWLS, 1999, p. 10. No original: “My aim is to present a conception of which generalizes and carries to a higher level of abstraction the familiar theory of the social contract as found, say, in Lock, Rousseau, and Kant. In order to do this we are not to think of the original contract as one to enter a particular society or to set up a particular form of government. Rather, the guiding idea is that the principles of justice for the basic structure of society and the object of the original agreement. They are the principles that free and rational persons concerned to further their own interests would accept in an initial position of equality as defining the fundamental terms of their association. These principles are to regulate all further agreements; they specify the kinds of social cooperation that can be entered into and the forms of government that can be established. This way or regarding the principles of justice I shall call justice as fairness.”. Ideia semelhante é exposta na p. 102.

7 RAWLS, 1999, p. 12. No original, “*justice as fairness*”.

-se a autonomia pela forma de escolha dos princípios da justiça por indivíduos representativos que devem ser livres e iguais, situados em uma posição original, sob o chamado “véu da ignorância”. Já o imperativo categórico de Kant “representa um princípio de conduta que se aplica a todo ser humano racional (livre e igual) pelo simples fato de ser humano, independentemente de qualquer objetivo, Rawls inclui os princípios de justiça e os bens primários a distribuir”. O “eu em si” considerado por Kant, expressa-se em Rawls pela adoção da posição original, como escolha própria tomada de acordo com a “natureza humana racional, livre e igual”. Por último, para Kant, agir injustamente é contrariar a própria natureza humana<sup>8</sup>. Todos esses elementos estão presentes na posição original de Rawls, segundo o desejo inerente aos seres humanos de tomar decisões que sejam corretas e justas<sup>9</sup>. Contudo, embora kantiano, existe na teoria de Rawls diferenças e afastamentos dos postulados de Kant: diferente de Kant, em Rawls os princípios morais são aplicados à estrutura básica da sociedade resultando nos princípios da justiça; logo, escolha é coletiva, e não individual, com o conhecimento por parte dos membros do processo deliberativo das condições da vida humana<sup>10</sup>.

Isso significa que a investigação da teoria da justiça de Rawls se dá num âmbito deontológico do pensamento. Dessa forma, privilegia-se o justo sobre a concepção de bom, sendo que o primeiro é dado por meio de uma concepção puramente procedimental da

8 JEVEAUX, Geovany Cardoso. Uma teoria da justiça para o acesso à justiça. In: JEVEAUX, Geovany Cardoso (org.). *Uma teoria da justiça para o acesso à justiça*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. Cap. 1. p. 80.

9 No original: “[...] Following the Kantian interpretation of justice as fairness, we can say that by acting from these principles persons are acting autonomously; they are acting from principles that they would acknowledge under conditions that best express their nature as free and equal rational beings. To be sure, these conditions also reflect the situation of individuals in the world and their being subject to the circumstances of justice. But this simply means that the conception of autonomy is that fitting for human beings; the notion suited for superior or inferior nature is most likely different. Thus moral education is education for autonomy. In due course everyone will know why he would adopt the principles of justice and how they are derived from the conditions that characterize his being an equal in a society of moral persons. It follows that in accepting these principles on this basis we are not influenced primarily by tradition and authority, or the opinions of others. However necessary these agencies may be in order for us to reach complete understanding, we eventually come to hold a conception of right on reasonable grounds that we can set out independently for ourselves.” RAWLS, 1999, p. 452.

10 JEVEAUX, 2012, p. 81.

justiça<sup>11</sup>. O procedimento da justiça procedimental pura é uma ideia intuitiva de concepção do sistema social de forma que o resultado será justo seja qual for o resultado que se observe ao final. Rawls compara exemplos de justiça procedimental perfeita e imperfeita. Enquanto exemplo de justiça procedimental perfeita, descreve a situação em que um homem é encarregado de fatiar um bolo que seria dividido com outros homens presentes, contudo, ao encarregado pela divisão caberia a escolha do último pedaço que sobrasse após todos os outros já terem se servido. Sustenta, então, o autor que o homem encarregado por fatiar o bolo acabaria por dar cabo ao seu dever de forma a repartir a comida da forma mais igual possível para que conseguisse, ao final, a maior fatia do bolo possível sem despertar o interesse dos demais. Com base nesse exemplo, Rawls aponta duas características da justiça procedimental perfeita: a eleição de um critério independente para o que deve ser considerada uma divisão justa, definido previamente ao processo de divisão em si; e a possibilidade de ser concebido um procedimento que com certeza entregue o resultado pretendido. Rawls reconhece que a promoção da justiça procedimental perfeita é impossível em muitos casos práticos<sup>12</sup>.

Noutro espectro, a justiça procedimental imperfeita é exemplificada pelo julgamento de causas penais, onde o desejo é a condenação do culpado e a absolvição do inocente. Contudo, não parece ser possível a concepção de regras processuais seguras o bastante para garantir que esse resultado final será sempre obtido, ainda que a lei seja seguida com cuidado e os procedimentos sejam concebidos de forma justa e adequada, um inocente poderá ser condenado de forma incorreta ou aquele que é culpado quanto cometimento do delito poderá ser absolvido por ausência de provas<sup>13</sup>.

Já a justiça procedimental pura não estabelece um critério independente para que se obtenha o resultado correto, mas reconhece a existência de um procedimento justo que torna provável que o resultado obtido será correto ou justo, qualquer que seja esse resultado, desde que seja comprovado que o procedimento foi adequadamente seguido. Dá-se como exemplo da justiça procedimental pura, a aposta, onde as pessoas arriscam seu dinheiro e, ao final, caso saiam com mais ou menos dinheiro do que quando entraram, esse

11 RICOUER, Paul, 2019, p. 65.

12 RAWLS, John. 1999, p. 74.

13 RAWLS, 1999, p. 75.



resultado será justo ou, pelo menos, não será injusto. Para Rawls, a aplicação da noção de justiça procedimental pura para as questões distributivas depende da concepção e da administração de um sistema de instituição imparciais e justas<sup>14</sup>. O justo fica vinculado a este procedimento específico de deliberação acerca dos princípios da justiça, que deverão ser aqueles imaginados pela sua vertente do liberalismo ético (posteriormente convertido em liberalismo político<sup>15</sup>) e não qualquer outra variação teleológica (em especial, a vertente do utilitarismo) realizado na posição original, sob o véu da ignorância<sup>16</sup>, por indivíduos representativos, que gera um consenso possível

14 RAWLS, 1999, p. 75-76.

15 O liberalismo ético ou individualismo ético para Ronald Dworkin assume um outro sentido, embora correlato, quando concebe seus dois princípios da justiça aplicáveis às situações de justiça distributiva dos recursos (compreendidos como bens comercializáveis e impessoais que indivíduos que podem ser de propriedade individual dos indivíduos ou podem ser por eles comercializados) que são os seguintes: o primeiro deles, é o princípio da igual importância que impõe às comunidades políticas que exerçam domínio sobre os seus cidadãos e exijam que estes lhe obedeam que tratem a todos os seus componentes com igual importância; o segundo é o da responsabilidade especial, segundo o qual os indivíduos tem uma responsabilidade especial acerca das escolhas que moldem suas vidas. O tema da justiça distributiva para Dworkin também são as instituições sociais, onde o governo só é considerado legítimo se demonstrar preocupação com os seus cidadãos em conta unificada que respeita simultaneamente: a igualdade de recursos e a responsabilidade pessoal de cada um por suas escolhas. Em decorrência do primeiro princípio, o governo deve – na medida que conseguir – estabelecer leis e políticas públicas que tornem os destinos de seus cidadãos indiferentes às condições iniciais prejudiciais ou as debilidades que lhe aflijam, sejam estas decorrentes de suas condições econômicas, raciais, de gênero, por gozarem ou não de determinadas habilidades ou deficiências. O segundo princípio exige do governo – também na medida que conseguir – faça com que seus destinos sejam sensíveis às escolhas que forem tomadas pelos indivíduos a partir da condição de igualdade de recursos exigida pelo primeiro princípio. DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 80 [para a definição de recursos] e p. 286-87 [para a enunciação dos princípios da justiça].

16 Sobre a posição original, por ser um elemento colateral ao que pretendemos tratar no presente artigo, a saber, o da justiça distributiva segundo os princípios da justiça apresentados por Rawls, transcrevemos as lições sintéticas de Morisson: “Rawls constrói um experimento mental no qual somos instados a imaginar que nos reunimos para criar um contrato social que inclua os princípios que nos mantêm unidos na vida real. Ele pede que nos imaginemos escolhendo princípios para determinar o princípio de justiça de nossa sociedade a partir de uma posição original situada por trás de um véu de ignorância. O objetivo da posição original é o de “anular os efeitos de contingências específicas que levam os homens à desavença e os incitam a explorar as circunstâncias sociais e naturais em benefício próprio. As partes nada sabem sobre si próprias ou sobre sua sociedade; cada uma desconhece seu gênero, sua raça, inteligência ou classe, etc. [...]” Todavia, a metodologia de Rawls concede apenas um conhecimento geral da humanidade; todos sabem que a realidade social conterà contingências particulares, mas não sabem que contingên-

e público sob o qual deve ser seu conteúdo, capaz de exigir a adesão e a obrigatoriedade dos membros da sociedade<sup>17</sup>.

## 2.1 O UTILITARISMO E O CONTEXTO DO DESENVOLVIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS.

Rawls apresenta seus princípios da justiça como uma alternativa à concepção utilitarista dominante, até então, no mundo anglo-saxão. Para que seja facilitada a compreensão dos princípios da justiça formulados por Rawls é importante que – de forma evidentemente resumida – sejam expostos os fundamentos do utilitarismo clássico em suas duas principais vertentes, com destaque para a concepção original elaborada por Bentham. Até porque o argumento utilitarista é utilizado enquanto argumento moral para a justificação da obrigação de pagar tributos, para concepção e efetivação de políticas públicas e para a organização do sistema tributário em diversos países<sup>18</sup>.

O utilitarismo tem como seus expoentes clássicos Jeremy Bentham e John Stuart Mill e sustenta que o processo para que se obtenha o conhecimento deve ser estritamente empírico, rejeitando, portanto, os métodos hipotético e expressivo. Logo, deve-se bus-

---

cias específicas irão afeta-los. O que, então, irá motivar nossas escolhas por trás do véu da ignorância? Rawls afirma que escolha decorreria obviamente do interesse pessoal, mas, dado o desconhecimento geral que as pessoas têm sobre si mesmas, o interesse pessoal se converte no interesse qualquer um. A consequência é que os princípios resultantes serão aqueles sobre os quais qualquer pessoa teria voluntariamente concordado.” MORRISSON, Wayne. *Filosofia do direito*: dos gregos ao pós-modernismo. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 470-471.

17 JEVEAUX, 2012, p. 82.

18 HOLMES, Stephen. SUSTEIN, Cass R. *O custo dos Direitos* [livro eletrônico]. São Paulo: Martins WMF Martins Fontes, 2019, Cap. I. Durante todo o primeiro capítulo do livro – também nos capítulos subsequentes – os autores tratam a tributação enquanto meio legítimo de promoção de uma sociedade justa na medida em que aumento o bem-estar e garanta que sejam prestados serviços públicos de interesse geral para garantia das prestações estatais positivas e negativas, tratadas como espécies artificialmente distinguidas de um mesmo gênero de serviços públicos que demandam custeio e repartição social desses ônus por meio da tributação. Os autores expressamente rejeitam a concepção deontológica de justiça adotando declaradamente uma vertente consequencialista muito próxima do utilitarismo.



car na história natural, apenas, as explicações para as mudanças no direito, na moral e no governo, de acordo com os postulados antropológicos de David Hume<sup>19</sup>. Em suma, o utilitarismo se revela uma tentativa de criar “ciência objetiva da sociedade e da política que fosse tão livre da subjetividade humana quanto ele esperava que nosso destino pudesse estar livre das contingências da religião e do acidente histórico”. Identifica-se o progresso social com a busca pela justiça, que é medida pelo princípio da utilidade, concebido por Bentham, em sua obra *Principles of Moral and Legislation* (1780-1789)<sup>20</sup>.

Bentham rejeitava a noção de direitos naturais<sup>21</sup>, a qual clas-

19 MAC'INTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Edições Loyola, 1991, p. 323-349, sintetiza a visão de Hume sobre o conhecimento filosófico e o procedimento deliberativo que nos leva à ação. Para Hume, somente as paixões motivam a ação, a “razão é capaz, quando exercitada, de pronunciar-se sobre se as ideias tem ou não impressões correspondentes – isto é, para nos informar quanto a questões de fato – e é ainda capaz de mostrar uma relação de uma ideia com outra – isto é, de nos informar sobre verdade matemáticas e sobre a validade das inferências. Mas mesmos seu exercício, desse último sentido, tem de ser motivado por uma paixão. [...] Os fins aos quais a atividade racional de qualquer tipo é dirigida são e devem ser postos por alguma paixão.” (p. 324). A razão não pode nos motivar, somente as paixões, que não são qualificadas como razoáveis ou não razoáveis. Entretanto, para Hume, que não tinha acesso ao vocabulário da intencionalidade, as paixões não tinham seu significado identificado com a emoção, tal como se observa no vocabulário contemporâneo, mas, sim, são pré-conceituais e pré-linguísticas, dirigidas a objetos e é por serem destinadas dessa forma e na medida que assim sejam destinadas, que motivam as ações humanas. A razão tem dois papéis: o primeiro, é responder a um tipo de questão apresentada pelas paixões; o segundo, a prescrição de meios para a realização dos fins propostos. Nesse sentido, para Hume, “[...] As experiências sociais e psicológicas nos ensinam que, como criaturas de nossas paixões, temos um interesse na reciprocidade e na harmonia social e que o desenvolvimento da amabilidade e da solidariedade para com os outros membros da nossa sociedade serve a esse interesse.” (p. 329). Existem instituições artificiais encarregadas de constituir e executar as regras da justiça e também aquelas relativas à lealdade ao governo, rejeitando-se as concepções de auto-estima, de solidariedade e de interesse público para que nós aceitemos as regras da justiça e do governo. Para Hume, o interesse que justifica essa adesão são as regras de propriedade e a sua execução, que funcionam para estabilizar a vida social, assim como o dever de manter promessas. Esses conceitos de interesse pessoal, solidariedade e história natural são aproveitados pelo utilitarismo.

20 MORRISON, Wayne, 2012, p. 221-222.

21 ABBAGNANNO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 278, define direito natural da seguinte forma: “A observação da disparidade e da discrepância entre os D. [abreviatura para Direito] nas sociedades humanas, bem como do caráter imperfeito de tais D. logo conduziu à noção de D. natural como fundamento ou princípio de todo o D. positivo possível, ou seja, como condição de sua validade. O direito. natural é a norma constante e invariável que garante infidelmente a realização da melhor ordenação da sociedade humana: o

sificava como absurda e e como um paradigma a ser superado. Com essa intenção, propôs uma filosofia moral abrangente segundo a qual promover a justiça e a moral pela maximização da felicidade e diminuição da dor, que são as duas emoções que guiam a ação e o processo decisório humano. Como “utilidade” ele define qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite a dor ou o sofrimento. O princípio da utilidade serve tanto para a tomada de decisões individuais, quanto para governar às instituições sociais, devendo ser observado pelos legisladores e pelos governantes, com vistas a aumentar a felicidade da comunidade em geral. Bentham sustenta que a observação quanto ao aumento da felicidade caberia ao perfeito espectador independente, que conheceria a nossa dor e o nosso prazer, apesar de ser indiferente a ambos, dessa forma, a medida da felicidade total seria neutra às inclinações pessoais dos sujeitos membros da comunidade, enquanto um resultado da soma total dos padrões de distribuição da dor e do prazer. Segundo Sandel, para o utilitarismo a pergunta a ser feita pelas pessoas e pelos legisladores a si mesmos é a seguinte: “Se somarmos todos os benefícios dessa diretriz e subtrairmos todos os custos, ela produzirá mais felicidade do que uma decisão alternativa?”<sup>22</sup>.

Convencido da solidez de seus postulados, onde o utilitarismo constitui uma ciência da moral e deveria servir para a reforma das instituições políticas<sup>23</sup>, Bentham argumentava que a ideia de que

---

D. positivo ajusta-se em maior ou menor grau, mas nunca completamente, ao D. natural porque contém elementos variáveis e acidentais que não são redutíveis a este. O D. natural é a perfeita racionalidade da norma, a perfeita adequação da norma ao seu fim de garantir a possibilidade de coexistência. Os D. positivo são realizações imperfeitas ou aproximativas dessa normatividade perfeita.”. O autor aduz, ainda, que a noção de direito natural foi a que mais influenciou a história do direito prevalecendo por mais de dois mil anos e é dividida em duas fases: a antiga, quando “o direito natural é a participação da comunidade humana na ordem racional do universo. Como, segundo os estoicos, (aos quais se deve a primeira formulação dessa doutrina), a participação dos seres vivos na ordem se dá por meio do instinto, nos animais, e por meio da razão nos homens, o D. de natureza é às vezes como instinto e às vezes como razão ou inclinação racional. Mas em todos os casos é entendido como a participação na ordem universal que é Deus ou vem de Deus”; e a moderna, “na qual o direito natural é a disciplina racional indispensável às relações humanas, mas independe da ordem cósmica e de Deus. O conceito de técnica que pode e deve regulamentar a forma mais conveniente as relações humanas apresentam-se com toda clareza nessa fase da doutrina.”.

22 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* 27.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019, p. 48.

23 Senão a principal proposta de reforma institucional formulada por Bentham, certamente a mais icônica delas, o Panóptico, seria uma das políticas a serem im-

devemos maximizar o prazer (enquanto sinônimo de bem) e minimizar a dor (enquanto sinônimo de mal) não era passível de ser refutada e que prescindia de qualquer tipo de comprovação empírica, classifica, aliás, qualquer tentativa de comprovar empiricamente a existência do princípio da utilidade como impossível e inútil – uma vez que aquilo que é utilizado para provar todas as demais coisas não é passível de ser provado, ele mesmo. Em que pese a ausência de qualquer demonstração da existência do princípio da utilidade, Bentham sustenta que todas as outras teorias morais seriam ou passíveis de serem reduzidas ao princípio da utilidade, ou seriam inferiores ao princípio da utilidade, porque não possuem um significado manifesto e não seria possível segui-las de um modo coeso. Sobre a teoria do contrato social enquanto base para o dever dos cidadãos de obedecer a leis, Bentham aduz: a uma, não ser possível saber se em algum momento realmente ocorreu o procedimento de contratação; e, a duas, que tenha havido, esse dever resulta não do consenso – hipotético ou histórico – mas do próprio princípio da utilidade, porque a felicidade do maior número de indivíduos participantes da comunidade só alcançado pela obediência à lei. Questiona, então, o utilitarismo qual seria a vantagem de empreender uma teoria complexa ou que fale em nome de Deus, quando somente poderemos conhecer o prazer terreno e a felicidade dele decorrente?<sup>24</sup>

Em um primeiro momento, o utilitarismo parece nos fornecer uma resposta intuitiva à questão da justiça, contudo, foram suscitadas algumas objeções, dentre elas, apresentam-se algumas, de acordo com a lição de Sandel<sup>25</sup>: a primeira objeção advém da concepção de direitos individuais, apontada pelo autor como a vulnerabilidade mais gritante do utilitarismo, uma vez que o resultado das somas das felicidades de todos os indivíduos pode acabar colocando

---

plementadas pelo estado soberano para combate à criminalidade e à marginalização (incluem-se aqui os mendigos, os loucos, os desabrigados, etc., ou seja, qualquer pessoa cuja existência pudesse causar ojeriza aos demais membros da sociedade diminuindo-lhes o cálculo da felicidade) em geral, pela construção de uma penitenciária, dirigida pelo próprio Bentham, obviamente pago para tanto, onde a vigilância sob os detentos seria constante. O panóptico seria aberto à visitação do público que poderia conferir seu funcionamento e examinar sua arquitetura característica. Esse reformatório seria inteiramente autofinanciável, uma vez que os internos seriam obrigados a trabalhar para os custos da operação e para financiar seu próprio sustento.

24 MORRISON, 2012, p. 224-225.

25 SANDEL, 2019, p. 51-62.

um indivíduo isolado em uma situação muito ruim. Como exemplo, narra-se o exemplo dos cristãos que eram jogados aos leões na Roma Antiga para o divertimento – e por consequência, o prazer – da multidão de romanos. Logo, ainda que essa prática resultasse num aumento geral da felicidade e da utilidade da sociedade romana, o resultado almejado era conseguido mediante uma violação altíssima dos direitos dos cristãos sacrificados. A segunda objeção, advém da impossibilidade de nivelamento dos valores envolvidos para o cálculo da felicidade coletiva máxima, uma vez que não existe uma relação obrigatória entre atos que provocam prazer e atos que devem ser encorajados ou desencorajados pelas instituições sociais, uma vez que a soma das felicidades se dá pela operação aritmética do prazer resultante em determinada ação, tampouco se conseguem traduzir todos os bens morais de forma aritmética por meio de uma “moeda corrente” de valores.

John Stuart Mill irá promover algumas alterações no princípio da utilidade formulado por Bentham, de quem era discípulo por influência de seu padrasto, com o fito de oferecer uma resposta às objeções acima, suavizando o aspecto árido do utilitarismo formulado em sua concepção original. O principal sentido das reformas de Mill quanto ao princípio da utilidade foi sua tentativa de harmonização deste com os direitos individuais, em especial com a liberdade individual. Afirma que o respeito à liberdade individual não é incompatível com o princípio da utilidade, posto que levará à maior felicidade humana no longo prazo, uma vez que a diversidade de pensamentos pode se revelar positiva, dando o exemplo de uma opinião hoje minoritária que se revele verdadeira, após ser mais bem estudada. Além disso, ao subjugar uma minoria ao comportamento da maior, a sociedade se condenaria a ao imobilismo e ao conformismo. Ainda assim, percebe-se que a concepção de justo e de bom ainda está subordinada às consequências dos atos tomados pelas instituições sociais, logo, caso decorrido tempo suficiente e a hipótese sobre os efeitos positivos das liberdades individuais não restasse confirmada, nada impediria que a sociedade escolhesse o caminho do despotismo que violasse as liberdades individuais. Mill responde a essa crítica por meio de uma superação – inconfessa – da ética do princípio da utilidade, uma vez que afirma que impor a alguém viver de uma forma que fira sua liberdade impede que a vida

humana consiga atingir seu fim principal, que é o desenvolvimento pleno de suas faculdades<sup>26</sup>. Nota-se, portanto, uma superação tímida do consequencialismo que marca o utilitarismo, uma vez que a liberdade individual só pode ser afetada em virtude uma agressão prévia daquele a quem se pretende punir, o que veio a ficar conhecido como *princípio do dano*, caso contrário, a sociedade deve ser o espaço em que os indivíduos poderão expressar livremente seus planos de vida.<sup>27</sup> Mill abandona, também, o critério quantitativo para o computo da felicidade geral e estabelece uma nova versão qualitativa em que algumas atividades possuem um caráter mais nobre que as outras, entre elas a própria investigação filosófica.

O utilitarismo e o positivismo jurídico derivam de uma mesma matriz teórica desenvolvida nos países de língua inglesa por Bentham que buscou para si uma posição de “legislador do mundo”<sup>28</sup> desenvolvendo sua teoria geral do direito enquanto mecanismo de reação à concepção do *common law* inglês de sua época. Bentham afirmou que o direito britânico era inadequado para atender os interesses do povo inglês, por ser desenvolvido de forma artificialmente complexa para sustentar a elite jurídica de seu tempo e não servir à maximização da felicidade de todos por meio da utilidade, dispondo-se a desmistificá-lo. Obteve uma considerável adesão, uma vez que tanto o positivismo jurídico, quanto o utilitarismo, tornaram-se predominantes no mundo jurídico dos países da língua inglesa, contudo, durante o século XX, os autores liberais, com destaque para John Rawls e Ronald Dworkin<sup>29</sup> se insurgem contra os postulados de Bentham adotados por seus discípulos – tais como: John Austin, H. L. Hart e o próprio Mill.

---

26 SANDEL, 2019, p. 64-66.

27 MORRISON, Op. cit., p. 238-240

28 CHIASSONI, Perluigi. *O enfoque analítico na filosofia do direito*: de Bentham a Kelsen. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 30-31.

29 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. XI a XVIII.

### 3 OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA EM RAWLS: LIBERDADE, IGUALDADE, OPORTUNIDADE E DIFERENÇA.

Em contraposição ao princípio da utilidade, Rawls enuncia seus princípios da justiça, que são dois ao invés de um e possuem uma ordem de prioridade lexical entre si, com o primeiro princípio possuindo precedência com relação ao segundo quanto ao âmbito de incidência, organização esta que se repete quanto às duas partes do segundo princípio, onde a primeira também prefere à segunda. São eles:

Em primeiro lugar: a toda pessoa deve ser garantida um direito igual ao sistema mais extenso de liberdades básicas e iguais para todos que seja compatível com mesmo sistema para todos os outros.

Em segundo lugar: as desigualdades econômicas e sociais devem ser organizadas de tal forma que ambas: (a) se possam esperar que sejam vantajosas para todos e (b) vinculem-se a posições e funções que estejam abertas – ao alcance – de todos.<sup>30</sup>

Rawls pretende que esses princípios sejam aplicados à estrutura básica da sociedade e às suas instituições para regular a distribuição das vantagens econômicas e sociais. O autor elenca quais são as liberdades básicas as quais se refere o primeiro princípio da justiça, a saber: as liberdades políticas, de voto e de eleição para os cargos públicos; a liberdade de consciência e a liberdade de pensamento; a liberdade pessoal, que inclui a liberdade da opressão psicológica e a da violência física e da tortura, que compõem a integridade pessoal; a liberdade de manter a propriedade privada e a liberdade enquanto vedação da prisão arbitrária e o confisco de bens, de acordo com o

---

30 RAWLS, 1999, p. 53. No original: “The first statement of the two principles reads as follows. First: each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal liberties compatible with a similar scheme of liberties for others. Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone’s advantage, and (b) attached to positions and offices open to all”.

definido pelo *rule of law*<sup>31</sup>.

Já o segundo princípio, aplica-se à distribuição de renda e riqueza e de oportunidades e à concepção de organizações que façam bom uso das diferenças entre as oportunidades de autoridade e responsabilidade. Para tanto, admitem-se desigualdades entre pessoas, desde que estas ocorram de forma a garantir a melhor situação de vantagens para todos e, ao mesmo tempo, devem as posições de autoridade e de responsabilidade estarem ao alcance de todos.

As liberdades definidas pelo primeiro princípio da justiça não podem ser restringidas ou afetadas por aquelas relativas ao segundo princípio, ainda que os resultados de bem-estar social ou sucesso econômico – ou utilidade – sejam significativos, a não ser em situações extremas. Dessa forma, só se admitirá a restrição dessas liberdades individuais vinculadas ao primeiro princípio – em uma sociedade bem-organizada – quando estas estiverem em conflito entre si, de forma que nenhuma delas poderá ser considerada absoluta. Rawls, em primeiro lugar, reconhece que o rol acima exposto de liberdades básicas pode não ser exaustivo e que suas formas de manifestação somente poderão ser plenamente conhecidas no contexto de uma sociedade específica; em seguida, exclui expressamente do rol de liberdades básicas a liberdade de deter para si os meios de produção e a liberdade de contratar na forma que é compreendida pela doutrina do *laissez-faire*.

Sustenta Rawls que ambos os princípios acima fazem parte de uma concepção de justiça maior enunciada da seguinte forma:

Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da autoestima – devem ser distribuídos igualmente a não ser que uma distribuição desigual de um, ou de todos, esses valores sejam para a vantagem de todos.<sup>32</sup>

Feita a essa distinção relativa aos bens sociais primários e afirmada a prioridade da igual liberdade sobre os benefícios socioe-

31 RAWLS, 1999, p. 53.

32 RAWLS, 1999, p. 54. No original: “All social values – liberty na oportunidade, income and wealth, and the social basis of self-respect – are to be distributed equally unless an unequal distribution of any, or all, of these values is to everyone advantage.”.



conômicos, Rawls passa a precisar o alcance semântico do segundo princípio, assumindo como premissa a satisfação do primeiro princípio e a organização econômica da sociedade como de livre-mercado, embora os meios de produção possam ou não serem de donos privados. Rawls propõe um modelo democrático, baseado no princípio da diferença, que corresponde à primeira parte do segundo princípio da justiça e visa aumentar as expectativas de sucesso do sujeito representativo que esteja pior situado na sociedade (por exemplo, um trabalhador sem formação especializada), uma vez que a justiça deve ser o critério para a organização das instituições sociais, que pode ser enunciado em sua forma simplificada da seguinte forma,

As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de forma atendam ao mesmo tempo (a) às maiores expectativas de benefício (bem-estar) para os menos favorecidos e (b) vinculadas à abertura de empregos e cargos a todos sob condições justas e equitativas de oportunidade<sup>33</sup>.

Jeveaux e Karninke afirmam que Rawls foi o pensador mais influente do pensamento contemporâneo no que diz respeito à teoria da justiça, porque rompe com a tradição – vinda desde Aristóteles – de se vincular a ideia de justiça ao mérito, onde a justiça seria promovida por meio da eleição dos critérios tais como a virtude ou a utilidade, substituindo pela noção de igual liberdade. Nessa concepção, “o modelo de justiça é igualitário, possibilitando aos indivíduos terem acesso aos bens mais primários, tudo de acordo com a ideia de justiça social”<sup>34</sup>, por isso, o caminho percorrido pelos princípios organizados em ordem de prioridade é no sentido de ir eliminando as desigualdades econômicas e sociais que prejudiquem a boa organização da sociedade por não beneficiarem a todos, garantidas as liberdades sociais básicas e a economia de mercado composta por

33 RAWLS, 1999, p. 72. No original: “Social and economic inequalities are to arranged so that they are both (a) to the greatest expected benefit of the least advantage and (b) attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity.”

34 JEVEAUX, Geovany Cardoso; KARNINKE, Tatiana Mascarenhas. A Teoria da Justiça de John Rawls, ações afirmativas e o ativismo judicial por meio do Supremo Tribunal Federal. *Revista Argumentandum*, Marília/SP, v. 21, n. 1, p. 299, jan. 2020. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1270>. Acesso em: 15 nov. 2020.



proprietários que são intangíveis e não se curvam diante das exigências do bem-estar social e da eficiência econômica. Deve-se, ainda, garantir que uma taxa significativa de poupança garanta a todos os que estejam na pior situação um mínimo existencial.

Ao formular sua proposta de organização da estrutura básica da sociedade, Rawls tenta conciliar os extremos propostos pelos quadros ideológicos<sup>35</sup> da igualdade do socialismo e a igualdade do liberalismo. Esse impulso conciliador pode ter sido provocado em razão do realinhamento ideológico do Partido Democrata dos Estados Unidos da América, ocorrido após o fracasso das políticas igualitaristas promovidas durante o mandato (1963-1969) do presente Lyndon B. Johnson (1908-1973), que fracassaram por terem gerado mais marginalização do que pretendiam eliminar<sup>36</sup>. Contudo, suas ideias sofreram oposição de ambos os polos do espectro dos quadros ideológicos: os neoliberais, capitaneados por Hayek e Nozick, objetaram a concepção centralizadora do Estado como criador dos direitos e também para nos direitos intervir; ao passo que os autores comunitaristas, liderados por Walzer, contrapuseram a ideia de que a concepção de bem antecede à de justo, bem como refutaram o caráter a-histórico do processo de deliberação do contratualismo kantiano de Rawls, haja vista que somente uma comunidade real poderia definir quais são os bens sociais básicos por meio do processo político, de onde provém os direitos<sup>37</sup>.

35 JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito e Ideologia*. Lisboa: GZ Europa, 2018, p. 17, ao tratar do tema das ideologias define os quadros ideológicos como “[...] representados pelos ismos são simplificações tendentes a facilitar a adesão e a perpetuar a ideologia, que se transforma assim de um pensamento de um sistema de pensamento em sistema de crença. Por isso é muito comum encontrar uma associação indevida entre ideologia e um determinado quadro de ideias como o liberalismo, o socialismo, etc...”. No parágrafo seguinte, contudo, o autor ressalta a importância dos quadros ideológicos para a: “Contudo, os quadros ideológicos são importantes, porque fornecem o sistema de pensamento com base no qual as ações políticas são praticadas, revelando assim a relação causal entre motivação das ações e seus fins, independentemente de se tornarem um sistema de crença.”

36 JEVEAUX, 2015, p. 474

37 JEVEAUX, 2015, p. 444. OLIVEIRA, Neiva Afonso. 2000, parece concordar com a crítica deduzidas pelos autores comunitaristas ao afirmar que a posição original adotada por Rawls é uma “manha heurética” ou um “sofisticado estratagemma” para ocultar o “egoísmo objetivo dos membros da sociedade bem-ordenada”. Também em p. 149, quando afirma que o contratualismo rawlsiano não possui elementos motivacionais e que apela ao sujeito moral, inspirado em Kant, que está desvinculado de seu ambiente social. Por fim, nas p. 152-153, a autora confirma sua adesão às objeções comunitaristas quando afirma: “O que evidencia-se, em suma, na teoria rawlsiana, é a preocupação com o indivíduo desvinculado de relações so-

Rawls passa a reformular o pensamento formulado em *Uma Teoria da Justiça* (*A Theory of Justice*) em uma série de textos com vistas a responder as objeções levantadas às suas ideias, seja pela melhor formulação dos conceitos originais ou pela adição de novos elementos à ‘justiça como equidade’, seja pela mudança efetiva dos postulados inicialmente desenvolvidos, em genuíno exercício de autocritica, em especial à crítica comunitarista, por meio da realização de conferência e a publicação de artigos que culminaram com compilados na obra *O Liberalismo Político* (*Political Liberalism*) (1993).

Rawls reposiciona sua teoria da justiça como equidade enquanto filosofia política e não mais como filosofia moral, ou seja, enquanto uma visão autossuficiente que não deriva de nenhuma doutrina moral abrangente, voltada à organização da estrutura básica da sociedade, que supõe ser uma democracia constitucional contemporânea. O conteúdo da justiça política se manifesta em ideias fundamentais implícitas na cultura pública política de uma sociedade democrática. Por meio, do consenso sobreposto tenta obter o apoio das doutrinas morais abrangentes que existem na sociedade, desde que sejam razoáveis, com vistas à promoção da estabilidade social, o pluralismo e a tolerância, com a superação da intolerância geral e religiosa. A sociedade ainda é compreendida como um empreendimento cooperativo baseado na ideia de reciprocidade, de caráter fechado – uma vez que se supõe que ninguém entra ou sai voluntariamente desta sociedade, entra-se pelo nascimento e se retira pela morte – que passa de uma geração para outra geração num processo infinito. Os membros da sociedade devem gozar minimamente de suas faculdades morais (uma concepção de bem e o senso de justiça) e também de suas faculdades da razão (de julgamento, pensamento e inferência), dessa forma as pessoas são consideradas livres e iguais<sup>38</sup>.

---

ciais. Ao tomar o indivíduo como ser isolado de suas condições histórico-objetivas, desconhecedor de sua posição no conceito social, Rawls desmaterializa as relações humanas, tomando-as apenas como um ideal hipotético que, na “empíria” das relações sociais, realmente não se efetiva. O indivíduo, apesar de ter sua liberdade plenamente protegida pelo princípio da justiça, ausenta-se de relações objetivas e materiais com os demais.”. Por isso, “[...] A democracia passa a ser encarada tão-somente enquanto uma situação de consenso da pluralidade, o que, a nosso ver, limita a participação e anula a perspectiva dos indivíduos tornaram-se, de fato, cidadãos.”. p

38 RAWLS, John. *O Liberalismo político*. 1.ed. São Paulo: WMF Martins Fon-

Para Ricouer, Rawls em *O Liberalismo Político* renuncia à pretensão contida em *Uma Teoria da Justiça* de ser uma teoria abrangente, isto é, válida para a organização tanto da sociedade bem-organizada, quanto para as relações sociais de outra natureza. Para tanto, abandona-se a oposição homogênea entre o bom e o justo, uma vez que o bom passa a ser a marca das doutrinas morais abrangentes, ao passo que o justo “é o princípio diretor das sociedades constitucionais ou liberais”. Diante da dificuldade em angariar o consenso para uma concepção moral de justo, Rawls opta por uma versão procedimental de justiça voltada para a harmonização das visões conflitantes existentes na sociedade. Apesar disso, com a permanência do princípio da diferença enquanto um dos princípios da justiça é possível constatar que a modificação do âmbito de abrangência não foi completa, já que o princípio da diferença visa fazer frente ao princípio sacrificial decorrente do utilitarismo e detém consigo uma forte carga moral<sup>39</sup>.

Finalizadas essas considerações gerais acerca da teoria da justiça como equidade, é necessário que passemos a expor o que Rawls exige da organização do sistema do tributário enquanto instrumento para a promoção da justiça econômica em uma sociedade organizada de acordo com a sua visão de liberdade e igualdade.

### 4 O QUE OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA DE RAWLS NOS INFORMAM ACERCA DA ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO?

Rawls expõe sua visão sobre o sistema tributário em *Uma*

---

tes, 2011, p. 15-55. Com especial destaque para o trecho da p. 15 onde Rawls afirma: “Nesse sentido, uma concepção política de justiça difere de inúmeras doutrinas morais, pois estas são comumente consideradas visões gerais e abrangentes. O utilitarismo é um exemplo conhecido: o princípio da utilidade, como quer que seja entendido, costuma ter sua aplicação estendida a todos os tipos de objeto, da conduta dos indivíduos e das relações pessoais à organização da sociedade como um todo. Uma concepção política, ao contrário, tenta elaborar uma concepção razoável somente para a estrutura básica e tanto quanto possível não envolve nenhum compromisso com qualquer outra doutrina”.

<sup>39</sup> RICOEUR, 2019, p. 97. Por princípio sacrificial do utilitarismo, entende-se a possibilidade ser uma potencial vítima das circunstâncias ser sacrificada em nome do bem-comum, desde que isso implique num aumento do cômputo da felicidade geral, o que é combatido pela concepção da justiça de Rawls, em um posicionamento denominado como anti-sacrificial.

*Teoria da Justiça* quando trata das instituições encarregadas da justiça distributiva<sup>40</sup>, de acordo com a sua concepção de justiça procedimental pura, enquanto meio para manejar as contingências advindas de situações particulares. Dessa forma, Rawls admite que seus princípios da justiça sejam arranjados nas mais diversas variações desde que o resultado seja justo. Para tanto, é necessário que sejam concebidas instituições políticas e econômicas de caráter distributivo e auxiliar que sejam capazes de atender às finalidades da justiça como equidade. Ressalva-se, contudo, que a concepção de Rawls acerca dessas instituições distributivas auxiliares, de acordo com o que é exposto em *Uma Teoria da Justiça* dizem respeito a um Estado bem-organizado. Isto é, um Estado em que as liberdades primárias foram asseguradas, que as oportunidades são abertas a todos de forma equitativa e que as desigualdades foram corrigidas de forma que sua existência esteja justificada pelo benefício de toda a sociedade.

O sistema tributário é um meio para atingimento da justiça distributiva, portanto, e não uma exigência da justiça por si mesma. Para que a justiça distributiva ocorra, Rawls concebe a repartição do governo em quatro ramos, cada um deles ficando responsável por um aspecto da justiça distributiva. Numa primeira categoria, agrupam-se: o ramo da alocação (*“allocation branch”*) fica encarregado de manter a competitividade dos mercados de forma a impedir a concentração do poder econômico que não seja razoável, bem como pela manutenção dos preços em um patamar razoável, seja pela concessão de subsídios, seja por meio da promoção de uma política fiscal capaz de corrigir os problemas constatados; e o ramo da estabilização (*“stabilization branch”*), responsabiliza-se pela promoção do pleno emprego, na medida em que todos aqueles que se interessarem em trabalhar tenham postos disponíveis. Esses dois primeiros ramos devem manter a eficiência da economia de mercado de uma forma mais geral.

Já o ramo da transferência (*“transfer branch”*) fica responsável pela garantia do mínimo existencial às pessoas, por meio da fixação de um salário-mínimo que garanta o atendimento aos preceitos do senso comum de justiça socialmente compartilhado, geralmente vinculados a uma concepção política subjacente que determinará a intensidade dessa transferência de renda, pagamentos e lucros. Não

---

40 RAWLS, 1999, p. 242-250.

obstante o princípio da diferença e sua preocupação com o aumento das vantagens a serem oferecidas aos extratos menos favorecidos da sociedade, Rawls afirma que não existe incompatibilidade com um sistema de distribuição livre de renda e do lucro, desde que atendidas as exigências do mínimo existencial em seu grau máximo, ou seja, de forma a possibilitar o atingimento das expectativas dos mais necessitados em seus planos para a vida, em um sistema de eficiência moderada, onde não sejam observados monopólios e tampouco externalidades injustas que já terão sido eliminadas. Esse ramo deve ser mantido separado dos dois primeiros, uma vez que o mercado não foi concebido para atingimento das necessidades das pessoas, por isso, e as tarefas dos ramos devem ser distribuídas de forma que lhes sejam compatíveis.

Por último, Rawls concebe o ramo da distribuição (“*distribution branch*”) que é responsável pela fixação de tributos justos e, também, de ajustes nos direitos de propriedade. Indica-se que esse ramo possui dois aspectos distintos: o primeiro consiste na imposição de tributos incidentes sobre as heranças e doações, bem como impõe restrições ao direito de sucessão, contudo, sem o propósito de angariar recursos para o Estado, destinando-se à promoção contínua e gradual da correção na distribuição de riquezas e a concentração de poder na mão de poucos de forma que prejudiquem as liberdades políticas e a igualdade equitativa de oportunidades. Com isso, estar-se-ia encorajando a distribuição das propriedades, que é uma das condições necessária para a manutenção do princípio da igual liberdade. Assim como a concentração indevida de talentos é encarada com um problema que só é corrigida pela abertura de posições nas instituições educacionais e culturais para todos os interessados, o que justifica, por exemplo, as ações afirmativas como meio facilitador da entrada dos setores menos favorecidos da sociedade nas universidades independentemente do critério do mérito moral<sup>41</sup>. Esse ramo deve impedir que um determinado limite de desigualdades seja ultrapassado. Rawls se abstém de precisar ou mesmo de uma tentativa de conceituação sobre qual seria esse limite e afirma ser essa uma questão de julgamento político.

Já o segundo aspecto do ramo distributivo, consiste na organização de tributos destinados à arrecadação de receitas para custeio

---

41 SANDEL, 2019, p. 190-227.

do Estado de forma que se consiga atingir os escopos definidos pela justiça: o custeio de políticas públicas e as transferências de renda demandadas pelo princípio da diferença. Mais uma vez, não precisa qual seria a forma mais justa para repartição da carga tributária, limitando-se a afirmar que o sistema tributário deve ser organizado da melhor forma, afastando-se de abordar as complicações inerentes ao tema de forma expressa. Rawls tece apenas um indicativo mais específico acerca da organização do sistema tributário, que causa alguma perplexidade ao observador mais atento por parecer um pouco inconsistente com os demais pontos de sua construção teórica do paradigma igualitário da justiça, uma vez que rejeita a taxaço sobre a renda que considera inadequada por não se basear naquilo que o contribuinte retira do total de bens sociais primários, mas do quanto ele ganha. Propõe, então, um tributo sobre o consumo que atinja a todos de forma igualitária, sem a necessidade de utilização de alíquotas progressivas que devem ser reservadas somente para os casos de necessidade de preservação da justiça na estrutura básica da sociedade quando o acúmulo de riquezas por alguém entrar em conflito com o primeiro princípio da justiça e a primeira parte do segundo princípio da justiça e não com o princípio da diferença.

Contudo, esse espanto inicial se desfaz por dois motivos: o primeiro deles, é que Rawls ressalva ser possível que um sistema tributário marcado pela progressividade se revele mais justo em uma determinada sociedade e que essa matéria seria, mais uma vez, reservada às escolhas políticas e não parte da justiça como equidade, conforme apresentada em *Uma Teoria da Justiça*. O esquema de taxaço conforme concebido acima está vinculado a uma sociedade justa em que seus princípios da justiça sejam perfeitamente atendidos. Na medida em que as instituições sociais se revelem injustas, Rawls admite que seja concebido um sistema tributário em que se taxe a renda de forma progressiva, ainda que esta forma de organização do sistema tributário não seja de todo compatível com uma sociedade bem-organizada segundo os princípios da justiça por ele concebidos. Nas palavras do autor: “a soma de dois erros pode resultar num acerto no sentido em que a melhor configuração disponível pode conter um balanceamento de imperfeições, em um ajuste de compensações entre injustiças”<sup>42</sup>.

42 No original, p. 247: “[...] Two wrongs can make a right in the sense that the

Ambos os aspectos do ramo distributivo estão vinculados aos princípios da justiça: o primeiro aspecto serve ao primeiro princípio da justiça para a manutenção das liberdades básicas em uma sociedade democrática de proprietários e o valor justo dos direitos que são estabelecidos neste regime. O segundo aspecto, que é responsável pelo custeio dos serviços públicos, atende ao segundo princípio da justiça, uma vez que promove a igualdade de oportunidades equitativa, além de financiar o ramo da transferência. Rawls rejeita o critério da justiça concebido pelo utilitarismo também para a organização do sistema tributário e por isso não menciona as formas de tributação baseadas nos benefícios recebidos por cada um ou na habilidade de pagar. Tampouco pode ser o ramo distributivo concebido de forma a atender o princípio da maximização da felicidade, mas sim o estabelecimento de um sistema de instituições justas compatíveis com a teoria do contrato social.

Linda Sugin avalia que Rawls acabou por não se comprometer diretamente com nenhum sistema tributário em particular porque seus princípios filosóficos não exigem nenhuma tomada de posição efetiva quanto ao tema, uma vez que diversas formas de organização podem satisfazer as exigências dos princípios da justiça. Afirma a autora, com aparente razão, que o primeiro princípio da justiça é mais importante para o tema da organização do sistema tributário do que o segundo princípio da justiça, uma vez que a justificação das desigualdades econômicas pela promoção do bem dos mais necessitados pode ser atendido de diversas formas e por outras instituições sociais que não estão necessariamente atreladas ao sistema tributário. Logo, desde que o resultado seja justo pelo atendimento aos dois princípios da justiça, não existe incompatibilidade alguma entre o estabelecimento de um sistema tributário que não contemple a progressividade e capacidade contributiva. Uma infinidade de arranjos é permitida desde que existam compensações no âmbito da estrutura básica da sociedade, compreendida como um empreendimento de cooperação mútua, cabe lembrar. A justiça como equidade está mais preocupada com a tributação que seja suficiente do que com a distribuição do ônus do pagamento do tributo entre os contribuintes, até porque o sistema imaginado por Rawls é uma democracia de

---

best available arrangement may contain a balance of imperfections, an adjustment of compensating injustices”.



proprietários que auferem sua renda de forma justa, ou seja, com o atendimento dos princípios da justiça, motivo pelo qual a necessidade de tributação deve ser mínima e a justiça distributiva é atingida por outros meios diversos. Em síntese, ainda que o sistema tributário seja injusto quando isoladamente considerado, pode não merecer reparos, caso a estrutura básica da sociedade atenda aos princípios da justiça em um juízo global<sup>43</sup>.

Propõe, então, a autora uma abordagem que considera mais apropriada acerca do tema das implicações dos princípios da justiça de Rawls ao sistema tributário, no sentido de serem encarados enquanto limites ao poder de tributar, ao invés de se tentar inferir a adesão de uma teoria geral de filosofia política a instituição de um determinado sistema tributário específico. Com base no princípio da diferença, um sistema de tributação que atingisse somente os segmentos mais pobres da população estaria descartado por não se compatibilizar com o princípio da diferença, uma vez que os *worst-off* seriam responsáveis pelo financiamento de todos os serviços públicos também usufruídos pelos *better-off*. Igualmente, um sistema tributário essencialmente regressivo também não se compatibilizaria com o princípio da diferença, contudo, nesse caso, estar-se-ia na dependência de não serem concebidas outras instituições capazes de compensar o desequilíbrio da distribuição da obrigação de pagar tributos em desfavor dos mais pobres. Por isso, somente quando avaliado o universo dos benefícios sociais a serem distribuídos é que se poderá julgar se o sistema tributário é justo ou não quando o critério eleito é o do segundo princípio da justiça, de forma que não existem juízos absolutos a serem proferidos a esse respeito antes da chegada de outras informações externas ao sistema tributário.

Por outro lado, o primeiro princípio da justiça oferece limites mais claros quando: impede que a tributação, em si considerada, atente contra as liberdades básicas; e impõe ao sistema tributário que impeça que outras instituições, como o mercado, façam o mesmo. Dessa maneira, qualquer taxação que implique em agressões aos direitos políticos, a integridade pessoal ou a liberdade de pensamento está vedada. Assim como é necessária a atuação do sistema tributá-

43 SUGIN, Linda. Theories of distributive justice and limitations on taxation: what rawls demands from tax systems. *Fordham Law Review*, Nova Iorque, v. 72, n. 53, p. 1991-2014, abr. 2004. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=555988](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=555988). Acesso em: 15 nov. 2020.



rio para impedir que a concentração de renda a riqueza interfira no sistema político, ferindo as liberdades democráticas pelo desvirtuamento da vontade popular.

### 5 CONCLUSÃO.

Em conclusão, é preciso compreender que Rawls quando concebeu o sistema tributário tal como exposto em *Uma Teoria da Justiça* imaginou um mundo onde a sociedade seria composta por proprietários – ainda que não de proprietários dos meios de produção necessariamente. Nessa sociedade bem-ordenada, de fato, pode ser que não seja necessária a instituição de um sistema tributário essencialmente marcado pela progressividade e pela capacidade contributiva. Contudo, quanto mais nós nos afastamos do idealismo da posição original e nos aproximamos da realidade imperfeita, menos os argumentos pela organização do sistema tributário – da forma como concebida em *Uma Teoria da Justiça* – em seu estado ótimo, subsistem e mais adequações serão necessárias à aplicação dos princípios da justiça tais como concebidos por Rawls<sup>44</sup>, inclusive, com a adoção da taxaçoão sobre a renda, de acordo com a capacidade contributiva dos cidadãos.

44 A concepção do sistema de tributaçoão cuja base de cálculo seja o consumo uma alíquota linear, tal como concebido para a sociedade bem-organizada, à uma sociedade tão desigual como é a sociedade brasileira, implicaria em uma regressividade tributária altíssima que certamente atenta contra os postulados do segundo princípio da justiça, por colocar sobre os mais pobres um ônus que não é compensado por nenhuma outra instituição componente de nossa estrutura social básica. Ainda assim, essa é a realidade enfrentada por nossa sociedade, onde a tributaçoão se concentra no Imposto sobre Produtos Industrializado (IPI), no Imposto sobre a Circulaçoão de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicaçoão (ICMS) e no Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS). Dessa forma, a carga tributária acaba por comprometer o mínimo existencial das famílias mais pobres suportam uma carga tributária de 48,8% de sua renda, ao passo que as famílias em que os rendimentos ultrapassam trinta salários mínimos, a carga tributária suportada equivale a apenas 26,3% de sua renda, segundo dados colhidos por: GASSEN, Valcir; D'ARAÚJO, Pedro Júlio Sales; PAULINO, Sandra. Tributaçoão sobre Consumo: o esforço em onerar mais quem ganha menos. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, [S.L.], v. 34, n. 66, p. 213-234, 23 jul. 2013. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n66p213>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n66p213/25066>. Acesso em: 15 dez. 2020.

## 6 REFERÊNCIAS.

ABBAGNANNO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CHIASSONI, Pierlugi. *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

GASSEN, Valcir; D'ARAÚJO, Pedro Júlio Sales; PAULINO, Sandra. Tributação sobre Consumo: o esforço em onerar mais quem ganha menos. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, [S.L.], v. 34, n. 66, p. 213-234, 23 jul. 2013. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n66p213>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n66p213/25066>. Acesso em: 15 dez. 2020.

HOLMES, Stephen. SUSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos* [livro eletrônico]. São Paulo: Martins WMF Martins Fontes, 2019.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito e ideologia*. Lisboa: GZ Europa, 2018.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do estado e da constituição*. 1.ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. Uma Teoria da Justiça Para o Acesso à Justiça. In: JEVEAUX, Geovany Cardoso (org.). *Uma reoria da justiça para o aAcesso à Justiça*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. Cap. 1. p. 1-107.

JEVEAUX, Geovany Cardoso; KARNINKE, Tatiana Mascarenhas. A Teoria da Justiça de John Rawls, ações afirmativas e o ativismo

judicial por meio do Supremo Tribunal Federal. *Revista Argumentandum*, Marília/SP, v. 21, n. 1, p. 295-313, jan. 2020. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1270>. Acesso em: 15 nov. 2020.

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

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

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

RAWLS, John. *A theory of justice*. Rev. Ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John. *O Liberalismo político*. 1.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

RICOEUR, Paul. *O justo I: a justiça como regnal moral e como instituição*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. 27.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

SUGIN, Linda. *Theories of distributive justice and limitations on taxation: what rawls demands from tax systems*. *Fordham Law Review*, Nova Iorque, v. 72, n. 53, p. 1991-2014, abr. 2004. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=555988](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=555988). Acesso em: 15 nov. 2020.



# Teoria da justiça em Kelsen e as polêmicas em torno das medidas restritivas de combate à pandemia de COVID-19

Marcos Alberto Balestreiro Filho

## 1 INTRODUÇÃO

A tragédia que o novo coronavírus vem provocando no Brasil não foi capaz de gerar um consenso sobre a necessidade de medidas restritivas para frear a pandemia. No auge da crise sanitária, a polêmica em torno do fechamento de templos religiosos, unidades de ensino e estabelecimentos comerciais dividia o noticiário com as estatísticas de mortes diárias, estas, muitas vezes na casa dos milhares. Passado o período de maior gravidade, até mesmo a obrigatoriedade do uso de máscaras foi contestada sob o argumento de defesa da liberdade individual.

Ainda que tais debates muitas vezes possam ter sido travados apenas como parte do jogo político, refletem os conflitos de interesses e de valores inerentes à toda sociedade plural. Esse é o ponto de conexão com a Teoria da Justiça em Hans Kelsen que este *paper* pretende explorar. Com a proposta de revolver o tema da justiça com enfoque em questões presentes, pretende-se abordar algumas polêmicas em torno das medidas restritivas determinadas pelo poder público desde o início da pandemia de Covid-19, à luz da ideia de justiça apresentada pelo mencionado autor no ensaio “O que é justiça?”, obra que integra o livro “O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência”, traduzida no Brasil por Luiz Carlos Borges<sup>1</sup>.

---

1 KELSEN, Hans. O que é justiça?. In: *O que é justiça? A Justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 1-25.

Nesse intuito, para situar o leitor, serão apresentados brevemente alguns aspectos elementares da Teoria Pura do Direito (tópico 2). Em seguida, a ideia de justiça como um problema de conflitos de interesses ou de valores será sintetizada, tendo por base as lições presentes no indigitado ensaio, inclusive no que se refere à problemática da hierarquia de valores e à contraposição entre absolutismo e relativismo (tópico 3). Estabelecidas as bases teóricas, o tema principal deste trabalho será enfrentado (tópico 4), com a posterior conclusão.

## 2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA PURA DO DIREITO

De saída, adverte-se que neste capítulo não se pretende realizar uma abordagem profunda da Teoria Pura do Direito. Até porque, em um trabalho estreito, essa tentativa certamente estaria fadada ao fracasso. O objetivo nada mais é do que pontuar alguns conceitos essenciais da ciência do Direito tal como concebida por Kelsen para facilitar a compreensão acerca dos aspectos de sua Teoria da Justiça mais à frente apresentados.

Hans Kelsen nasceu em Praga, em 1881, quando esta cidade pertencia ao Império Austro-Húngaro, tendo se mudado para Viena ainda criança, onde foi professor de direito público entre 1911 e 1930<sup>2</sup>. Construiu a Teoria Pura do Direito sobre as bases do positivismo jurídico, em antagonismo às teorias naturalistas<sup>3</sup>. É considerado o fundador do “normativismo jurídico”<sup>4</sup> e, no contexto das teorias da ciência, suas construções estão situadas entre as doutrinas

---

2 SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A questão da justiça de Kelsen a Luhmann: do abandono à recuperação. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2010, p. 25. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3112/Arnaldo%20Bastos%20Santos%20Neto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 dez. 2021.

3 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A Justiça Kelseniana. In: Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, vol. 96, p. 542, 2001. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67517/70127>. Acesso em: 14 dez. 2021.

4 Também denominado de “normativismo lógico” ou de “racionalismo dogmático”, vide: PRUX, Oscar Ivan. Justiça e positivismo no pensamento de Hans Kelsen. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 2, nº 7, p. 7457, 2013.

avaliativas, que são aquelas em que o autor se propõe a descrever o objeto de estudo e não a lhe atribuir um entendimento melhor que outros<sup>5</sup>. Ou seja, Kelsen almejava descrever o Direito de maneira formal, lógica e racional, sem promover juízos de valor<sup>6</sup> – os quais, na doutrina Kelseniana, não teriam espaço na ciência por serem, em última instância, determinados por fatores emocionais e, portanto, de caráter subjetivo<sup>7-8</sup>.

Nesse sentido, o autor austríaco buscou emancipar o Direito como ciência autônoma, isolando o fenômeno jurídico de contaminações exteriores à sua ontologia para, com rigor metodológico, conferir-lhe cientificidade<sup>9</sup>. Nos dizeres de Kelsen,

A Teoria Pura do Direito limita-se a uma análise estrutural do Direito Positivo, baseada em um estudo comparativo das ordens sociais que efetivamente existem e existiram historicamente sob o nome de direito. Portanto, o problema da origem do Direito – o Direito em geral ou uma ordem jurídica particular – isto é, das causas de existência do Direito em geral ou de

5 LOSANO, Mario G. O valor da justiça na obra de Kelsen. In: Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, vol. 59, n. 2, p. 32, 2014. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/37561/22988>. Acesso em: 14 dez. 2021.

6 Sobre o juízo de valor na obra de Kelsen, Leonel Severo Rocha explica que: “A TPD tem, como uma de suas diretrizes basilares, o dualismo metodológico Kantiano, entre ser/dever ser. [...] entre os juízos de realidade e os juízos de valor, Kelsen, fiel à tradição relativista do neo Kantismo, de Marburgo, optou pela construção de um sistema jurídico centrado unicamente no mundo do dever ser. Tal ênfase, acarretou a superestimação dos aspectos lógicos constitutivos nas análises Kelsenianas, em detrimento dos suportes fáticos do conhecimento.” (ROCHA, Leonel Severo. O sentido político da teoria pura do direito. In: *Revista Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, Universidade Federal de Santa Catarina, vol. 5, n. 9, p. 61, 1984. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16732/15303>. Acesso em: 15 set. 2021).

7 KELSEN, Hans. O que é justiça?. In: *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 4-5.

8 Em parte, o profundo desejo de afastar critérios emocionais pode ser explicado pela visão de mundo de Kelsen, calcada no relativismo ético, consoante será visto no próximo tópico (SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A questão da justiça de Kelsen a Luhmann: do abandono à recuperação. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2010, p. 27. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3112/Arnaldo%20Bastos%20Santos%20Neto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 dez. 2021).

9 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A Justiça kelseniana. In: *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, vol. 96, p. 543. São Paulo, 2001. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67517/70127>. Acesso em: 14 dez. 2021.



uma ordem jurídica em particular, com seu conteúdo específico, ultrapassa o escopo desta teoria. São problemas da sociologia e da história e, como tais, exigem métodos totalmente diferentes dos de uma análise estrutural de ordens jurídicas dadas. A diferença metodológica entre uma análise estrutural do Direito, por um lado, e a sociologia e a história do Direito, por outro, é similar à diferença entre a teologia e a sociologia ou a história da religião.<sup>10</sup>

Conforme se percebe do excerto acima, além de rechaçar subjetivismos, Kelsen afasta o estudo do Direito de outras áreas da ciência. Mas, ao contrário do que conclusões apressadas podem indicar, não ignorava a diversidade social: ele se filia à tradição alemã da Teoria do Conhecimento e assume como inevitável a complexidade do mundo em si, constituído por aspectos políticos, éticos, religiosos, psicológicos, históricos, etc.<sup>11</sup> Contudo, no pensamento do autor, cada ciência demanda um método próprio de análise. Por isso, seu rigor científico na investigação estrutural do Direito Positivo<sup>12</sup> tornava essas diferenças metodológicas inconciliáveis. Isso significa dizer, por exemplo, que assim como a moral ou a justiça não são elementos a serem considerados dentro da Teoria Pura do Direito, porque subjetivos, também não o são a história, a religião ou as relações sociais em comunidade, porque seus respectivos estudos demandam enfoques metodológicos distintos. Para Kelsen, essas e outras contaminações externas deveriam ser expurgadas, ou não seria possível uma Teoria Pura do Direito<sup>13</sup>.

10 KELSEN, Hans. Direito, estado e justiça na teoria pura do direito. In: *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 291.

11 ROCHA, Leonel Severo. O sentido político da Teoria pura do direito. In: *Revista Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, Universidade Federal de Santa Catarina, vol. 5, n. 9, p. 61, 1984. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16732/15303>. Acesso em: 15 set. 2021.

12 Acerca do recorte metodológico no Direito Positivo, elucida Mario G. Losano: “[...] no contexto das teorias gerais do direito, a doutrina pura se enquadra entre as doutrinas normatistas e, em particular, legalistas, ou seja, entre as teorias gerais considerando como próprio objeto somente o direito positivamente existente, especialmente o direito que assumiu a forma da lei (da norma jurídica geral e abstrata emanada de órgãos estatais para tanto designados pela constituição). Daí a aversão de Kelsen ao sincretismo metodológico, à confusão de métodos e temas sociológicos, políticos etc., na construção de uma teoria do direito.” (LOSANO, Mario G. O valor da justiça na obra de Kelsen. In: *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná*, vol. 59, n. 2, p. 32, 2014. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/37561/22988>. Acesso em: 14 dez. 2021).

13 “[...] A ‘pureza’ de uma teoria do Direito que se propõe uma análise estrutu-



Portanto, antes de debruçar-se sobre qualquer questão pertinente ao tema da Teoria da Justiça em Kelsen, é fundamental compreender que, na doutrina Kelseniana, justiça e Direito não se confundem: discutir sobre justiça é discutir sobre normas morais (objeto de estudo da Ética), enquanto discutir sobre Direito é discutir sobre normas jurídicas positivas (objeto de estudo da Ciência do Direito)<sup>14</sup>. Não à toa, o problema da justiça foi enfrentado por Kelsen em outros trabalhos, fora do contexto da Teoria Pura do Direito<sup>15</sup>.

### 3 KELSEN E A IDEIA DE JUSTIÇA COMO UM PROBLEMA DE CONFLITOS DE INTERESSES OU DE VALORES

A partir da indagação de Pilatos à Jesus “O que é a verdade?”, Kelsen faz a pergunta que para ele é a eterna questão da humanidade: “o que é a justiça?”<sup>16</sup>. No ensaio cujo título atribuído foi essa mesma pergunta, o autor responde ao próprio questionamento afirmando que a justiça consiste em uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social, explicando, ainda, que uma ordem social justa é aquela que regula o comportamento humano de modo a proporcionar felicidade a todos<sup>17</sup>. Mas, se justiça é felicidade, evidente que a pergunta sobre o que é felicidade não escaparia de Kelsen, que percebe que jamais existiria uma ordem social justa se

---

ral de ordens jurídicas positivas consiste em nada mais que eliminar de sua esfera problemas que exijam um método diferente do que é adequado ao seu problema específico.” (KELSEN, Hans. Direito, Estado e justiça na teoria pura do direito. In: *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 291).

14 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A Justiça Kelseniana. In: Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, vol. 96, p. 552. São Paulo, 2001. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67517/70127>. Acesso em: 14 dez. 2021. Para Hans Kelsen, a identificação terminológica entre Direito e justiça tem como consequência a justificação ilícita de qualquer Direito positivo; a função da ideia de justiça é meramente a de ser um modelo para a feitura do Direito e um critério para distinguir o bom e o mau Direito. Vide: KELSEN, Hans. Direito, estado e justiça na teoria pura do direito. In: *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 292.

15 JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 450.

16 KELSEN, Hans. O que é justiça? In: *O que é justiça?* A Justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 1.

17 KELSEN, Hans. O que é justiça? In: *O que é justiça?* A Justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 2.

a ideia de felicidade fosse interpretada conforme o sentido original da palavra, pois é inevitável que a felicidade de um entre em conflito com a felicidade de outro, a exemplo do que pode ocorrer na disputa pelo amor de uma pessoa, e nenhuma ordem social pode solucionar esse tipo de conflito de forma justa (se justiça for felicidade enquanto sentimento subjetivo-individual)<sup>18</sup>.

Logo, a felicidade enquanto objetivo de uma ordem social justa não deve coincidir com a felicidade subjetiva-individual, mas com a felicidade objetiva-coletiva, de sorte que a regulamentação do comportamento tenha por fim “contentar a todos”, para que todos encontrem a felicidade<sup>19</sup>. Com efeito, assim como o conceito original de liberdade (liberdade de qualquer jugo) foi modificado para aceitar a importância de um governo democrático que garanta a liberdade individual, para Kelsen, o conceito de felicidade deve sofrer uma metamorfose, a fim de tornar-se uma categoria social: a felicidade da justiça, na qual o sentido de felicidade se transforma de subjetivo-individual para objetivo-coletivo, passando a significar a satisfação de necessidades reconhecidas socialmente<sup>20</sup>. Como consequência, o conceito de justiça enquanto princípio que garante a felicidade individual de todos cede espaço para a ideia de “ordem social que protege determinados interesses, ou seja, aqueles que são reconhecidos como dignos dessa proteção pela maioria dos subordinados a essa ordem”<sup>21</sup>.

No ensaio de Kelsen, é nesse ponto que exsurge a concepção de justiça como um problema de conflitos de interesses ou de valores, porquanto só haveria necessidade de justiça onde há conflitos de interesses – ou seja, quando um interesse só pode ser satisfeito à custa de outro<sup>22</sup>. Mas, afinal, quais interesses/valores devem ser

18 “Um outro exemplo: está para ser nomeado o comandante de um exército. Dois homens disputam o cargo; somente um, porém, poderá ser designado. Parece indiscutível que deverá ser designado aquele que for mais capacitado para o cargo. Mas se se ambos forem igualmente capacitados? Nesse caso, uma solução justa será impossível.” (KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* In: *O que é justiça?* A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 2-3).

19 JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 450.

20 KELSEN, Hans. *O que é justiça?* In: *O que é justiça?* A Justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 4.

21 KELSEN, Hans. *O que é justiça?* In: *O que é justiça?* A Justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 4.

22 “Onde não há conflitos de interesses, não há necessidade de justiça. Um conflito de interesses se apresenta, todavia, quando um interesse só pode ser satisfei-

protegidos e qual a hierarquia entre eles? O que vale mais: a vida, a liberdade, a igualdade ou a segurança? Algumas pessoas podem optar pelo avanço da autonomia individual, ao passo que, outras, podem preferir que os legisladores promovam a igualdade ou, ainda, eleger a segurança como interesse fundamental, mesmo que para alcançá-la em sua plenitude seja necessário sacrificar a liberdade e a igualdade<sup>23</sup>. Trabalhando com esses difíceis conflitos, Kelsen formula diversos exemplos provocativos, dentre os quais se destaca nesta oportunidade a seguinte questão: seria o suicídio eticamente admissível ao escravo ou prisioneiro de campo de concentração onde a fuga é impossível? A resposta exige estabelecer uma hierarquia de valores entre vida e liberdade: se não vale a pena viver sem liberdade, então, a resposta seria positiva; caso contrário, o suicídio seria eticamente inadmissível<sup>24</sup>.

Para a compreensão da Teoria da Justiça em Kelsen, especialmente no que toca à justiça como um problema de conflitos de interesses ou de valores, o importante é perceber que a resposta quanto à hierarquia entre os inúmeros interesses/valores é sempre relativa e subjetiva, sem pretensão de universalidade<sup>25</sup>, pois depende de um juízo de valor do próprio sujeito que julga, razão pela qual não é uma constatação válida para todos<sup>26</sup>. Em outras palavras, não há consenso natural quanto aos interesses/valores da vida humana, nem tampouco é possível provar que somente uma solução da ordenação

---

to à custa de outro, ou seja, quando dois valores se contrapõem e não é possível concretizá-los ao mesmo tempo se a concretização de um implicar a rejeição de outro;" (KELSEN, Hans. O que é justiça? In: *O que é justiça?* A Justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 4).

23 MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 460.

24 O conflito entre a verdade e a compaixão é exemplificado pelo médico que se depara com a difícil decisão entre informar ou não ao paciente sobre o diagnóstico de doença incurável que o levará à óbito em pouco tempo; o conflito entre segurança econômica e liberdade individual é retratado pela situação hipotética em que uma economia de planejamento comprovadamente melhoraria a situação de um povo, mas, para implementação, exigiria a supressão total ou quase total das liberdades individuais; e outros exemplos são ainda vistos em: KELSEN, Hans. O que é justiça? In: *O que é justiça?* A Justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 5-7.

25 JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 450.

26 KELSEN, Hans. O que é justiça? In: *O que é justiça?* A Justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 5.

humana é justa<sup>27</sup>. A justiça em Kelsen não é concebida de forma absoluta ou estanque, é o oposto disso: diante da complexidade social, a ideia de justiça é algo extremamente variável<sup>28</sup>; justo ou injusto, a resposta é relativa<sup>29</sup>, será diversa dependendo das condições e da pessoa a quem a pergunta sobre a hierarquia de interesses/valores se dirige, porque a resposta é um juízo de valor que pode partir de um cidadão ateu ou religioso, de ideologia liberal ou coletivista, etc. cada um com suas idiossincrasias e convicções pessoais<sup>30</sup>.

Por conseguinte, na doutrina Kelseniana, responder sobre o que é justiça significa dizer o que é justiça para si próprio (justiça relativa)<sup>31</sup>, e é o que faz Kelsen após assentar a impossibilidade de definir o conceito de justiça absoluta:

Iniciei este ensaio com a questão: o que é justiça? Agora, ao final, estou absolutamente ciente de não tê-la respondido. [...] De fato, não sei e não posso dizer o que seja justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Devo satisfazer-me com uma justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância.<sup>32</sup>

### Como se vê, em relação à definição de um conceito absoluto

27 MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 458.

28 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A Justiça kelseniana. In: *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, vol. 96, p. 554. São Paulo, 2001. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67517/70127>. Acesso em: 14 dez. 2021. Nesse sentido, afirma Hans Kelsen: “Justiça absoluta é um ideal irracional. Do ponto de vista do conhecimento racional existem somente interesses humanos e, portanto, conflitos de interesses.” (KELSEN, Hans. O que é Justiça? In: O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 23).

29 “A resposta é relativa; em determinadas condições, uma solução é justa; em outras é preciso buscar uma outra.” (MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 459).

30 KELSEN, Hans. O que é justiça? In: *O que é justiça? A Justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 7.

31 É a aceitação de um conceito subjetivo de justiça para si mesmo, vide: JEVÉAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 453

32 KELSEN, Hans. O que é justiça? In: *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25.

de justiça, Kelsen adota posicionamento cético, admitindo plúrimas formas de se compreender o que é a justiça<sup>33</sup>. Daí se afirmar que “a rigor, Kelsen não tem uma teoria da justiça”<sup>34</sup>. Essa é a doutrina relativista de valores Kelseniana, a qual, muito embora admita um conceito fluido quanto ao justo ou injusto, adota como pilar moral de sustentação o princípio da tolerância, do qual se extrai a exigência de compreender com benevolência as diferentes matizes políticas e religiosas, inclusive para garantir o direito à livre manifestação pacífica, mesmo que existam profundas discordâncias<sup>35</sup>.

#### **4 AS POLÊMICAS EM TORNO DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE COMBATE AO COVID-19, INTERPRETADAS À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA EM KELSEN**

Os tópicos anteriores são fundamentais para a exata compreensão do recorte metodológico deste trabalho. As discussões em torno das medidas restritivas de combate à pandemia do novo coronavírus não serão examinadas sob a ótica do Direito Positivo (ou da Ciência do Direito em Kelsen). Assim, a validade, a vigência e a eficácia dos atos normativos que previram as medidas restritivas não serão objeto de estudo neste momento. Também não serão analisadas a efetividade das medidas ou a adequação delas às melhores práticas sanitárias. Reitera-se: o objetivo do trabalho é interpretar as polêmicas surgidas à luz da Teoria da Justiça em Kelsen, em especial quanto à ideia de justiça como um problema de conflitos de interesses ou de valores.

---

33 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A Justiça kelseniana. In: *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, vol. 96, p. 559. São Paulo, 2001. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67517/70127>. Acesso em: 14 dez. 2021. Escreve Kelsen: “Justiça absoluta é um ideal irracional. Do ponto de vista do conhecimento racional existem somente interesses humanos e, portanto, conflitos de interesses. Para solucioná-los, existem apenas dois caminhos: ou satisfazer um dos interesses à custa do outro, ou promover um compromisso entre ambos. Não é possível comprovar que somente uma, e não a outra solução, seja justa.” (KELSEN, Hans. O que é justiça? In: *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 23).

34 JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 453.

35 KELSEN, Hans. O que é justiça? In: *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 23-24.

Nessa linha, o primeiro conflito de interesses/valores a ser abordado remonta à fase mais aguda da pandemia. Não obstante o número de mortes diárias em decorrência do novo coronavírus no Brasil tenha ultrapassado a marca de 4.000 (quatro) mil<sup>36</sup>, o inconformismo de alguns setores da sociedade com a proibição de atividades religiosas de caráter coletivo por entes da federação foi tamanho que culminou até mesmo na provocação do Supremo Tribunal Federal via Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)<sup>37</sup>. Assim, presumindo que o isolamento social seja uma efetiva medida de combate à disseminação do Covid-19, o conflito de interesses/valores travado à época diz respeito à colisão entre a vida ou saúde pública e a liberdade de culto. No julgamento de certos cristãos praticantes, ainda que em meio à emergência sanitária, a proibição das reuniões coletivas para professar a fé foi injusta, pois atentou contra um valor fundamental mais importante: a irrestrita liberdade religiosa, por meio da qual buscam a salvação da alma após a morte. De outro lado, aqueles que valorizam em primeiro lugar a “vida terrena” e a saúde própria ou de terceiros, seja porque não professam a fé cristã ou por outro motivo qualquer, provavelmente estiveram mais inclinados a aceitar como justas e adequadas as referidas restrições.

Outro conflito de difícil solução advindo da pandemia reside no choque entre a vida ou saúde pública e a educação. Não é segredo que o Brasil enfrenta grandes desafios na área da educação, como a necessidade de melhoria nos índices educacionais, a redução da evasão escolar, a disparidade entre a educação pública e privada e o acesso aos cursos superiores. Apesar disso, no início da fase pandêmica, estados e municípios foram praticamente uníssonos quanto ao fechamento das unidades de ensino por um longo período, com a finalidade de achatar a curva de contaminação do novo coronavírus.

36 COSTA, Anna Gabriela. Brasil bate recorde e registra 4.249 mortes por Covid-19 em 24h. CNN Brasil, São Paulo, 8 abr. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/brasil-bate-recorde-e-registra-4249-mortes-por-covid-19-em-24h/>. Acesso em: 22 dez. 2021.

37 Vide ADPF nº 810, proposta pelo Conselho Nacional de Pastores do Brasil (CNPB) contra o artigo 2º, II, “a”, do Decreto nº 65.563/2021, do estado de São Paulo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 810 São Paulo. Requerente: Conselho Nacional de Pastores do Brasil. Intimado: Governador do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 5 abr. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346076604&ext=.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2021).



Até hoje, contudo, a suspensão das atividades de ensino presenciais gera polêmica, não havendo uma resposta absoluta para a questão<sup>38</sup>. Dentre aqueles que prestigiam com maior ênfase a educação em meio à crise de saúde pública, talvez porque sejam profissionais da educação ou enxergam na melhoria do ensino o único caminho para o desenvolvimento do país, o fechamento das escolas pode ser visto como medida de extrema injustiça, por prejudicar principalmente as crianças e os adolescentes que mais precisam (e não possuem acesso à internet de qualidade). Porém, considerando os riscos que o novo coronavírus representa a estas mesmas crianças e adolescentes<sup>39</sup>, houve quem enxergasse na suspensão das atividades presenciais uma justa medida de preservação da vida, ainda que à custa de meses de ensino – parece ser este o caso dos governos que retardaram a reabertura das escolas.

Tão polêmico quanto a questão da educação foi o fechamento de estabelecimentos comerciais classificados como não essenciais. Sem dúvidas, a medida restritiva de maior repercussão na vida dos brasileiros, visto que traduziu para o cidadão as consequências econômicas da pandemia. Isto é, tornou visível o impacto provocado pelo vírus e foi, por essa razão, identificada à quebra de empresas e demissão em massa de trabalhadores. Àqueles que se endividaram na tentativa frustrada de salvar um comércio ou que perderam empregos e assistiram as famílias enfrentando dificuldades financeiras, não é de se ignorar que essa determinação do poder público possa ter provocado o sentimento de injustiça e, quiçá, de revolta. Ao mesmo tempo, para a grande maioria dos profissionais de saúde que estavam na linha de frente no combate ao Covid-19, que trabalhavam sem descanso devido ao espalhamento da doença e, inclusive, perderam amigos contaminados pelo vírus no trabalho, a interrupção de comércios não essenciais certamente foi vista como medida justa e acertada. O conflito de interesses é nítido, nesse caso, envolvendo o

38 Inclusive, no auge da pandemia o assunto já provocava debates, vide: IDOETA, Paula Adamo. A polêmica sobre a lei que torna escolas ‘essenciais’ para abrirem mesmo no auge da pandemia. BBC News Brasil, São Paulo, 21 abr. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56824888>. Acesso em: 22 dez. 2021.

39 SERRANO, Layane. “Covid é a doença que mais mata crianças e adolescentes”, diz pediatra à CNN. CNN Brasil, São Paulo, 24 jul. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/covid-e-a-caoa-de-morte-numero-1-entre-criancas-e-adolescentes-diz-pediatra/>. Acesso em: 22 dez. 2021.

valor da livre iniciativa em contraste com a vida ou saúde pública.

O arrefecimento da pandemia trouxe à tona irresignações mais singelas, mas que também revelam conflitos de interesses/valores. É este o caso da obrigatoriedade do uso de máscaras, questionada por uma parcela da população sob o prisma de defesa da liberdade individual; e, por outra, apoiada como justa exigência para controle da disseminação do Covid-19. Observa-se que os juízos de valor de ambos os lados podem ser influenciados por uma gama imensa de fatores subjetivos. A título de exemplo, o cidadão previamente infectado pelo novo coronavírus e que não apresentou sintomas preocupantes pode julgar como injustificada a imposição do uso de máscaras em um cenário de redução do número de mortes; ao passo que o sujeito que desenvolveu complicações severas e receia uma nova contaminação provavelmente compreende como justa essa obrigação enquanto perdurar a pandemia, primando pela saúde pública em detrimento à autonomia individual nesse aspecto. O mesmo raciocínio se aplica ao controverso “passaporte da vacina”.

A interpretação desses conflitos de interesses/valores à luz da Teoria da Justiça em Kelsen demanda: (i) a aceitação de que não há uma única saída correta para essas questões, pois o conceito de justiça é relativo, mutável e variável de julgador para julgador; (ii) a tolerância com relação às manifestações pacíficas com as quais não se concorda, mesmo que sejam contrárias às recomendações sanitárias de especialistas<sup>40</sup>; e (iii) o respeito às medidas restritivas de combate à pandemia de Covid-19 previstas em atos normativos válidos, ainda que se entenda injustas, porquanto justiça não se confunde com Direito Positivo.

---

40 Sobre a importância que Hans Kelsen atribuía à liberdade e à tolerância no desenvolvimento da ciência: “Uma vez que democracia, de acordo com sua natureza mais profunda, significa liberdade, e liberdade significa tolerância, nenhuma outra forma de governo é mais favorável à ciência que a democracia. A ciência só pode prosperar se for livre; ela será livre não somente quando o for externamente, ou seja, quando estiver independente de influências políticas, mas também quando o for interiormente, quando houver total liberdade no jogo do argumento e do contra-argumento. Nenhuma doutrina pode ser reprimida em nome da ciência, pois a alma da ciência é a tolerância.” (KELSEN, Hans. *O que é justiça?* in: *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25).



## 4 CONCLUSÃO

A adoção de medidas restritivas de combate à pandemia pelo poder público inevitavelmente ensejou a escolha de interesses/valores em detrimento de outros. E, por mais que existam critérios científicos para auxiliar o processo decisório, as opções dos governos envolveram juízos de valor. Admita-se ou não, critérios subjetivos também foram utilizados para estabelecer uma hierarquia de interesses/valores a serem prestigiados. Portanto, ao menos à luz da doutrina Kelseniana, é natural que as políticas públicas de enfrentamento ao Covid-19 tenham provocado sentimentos diversos na sociedade, afinal, além de terem sido afetados de maneiras distintas, os indivíduos possuem uma noção própria do que é justiça. Justo ou injusto, a resposta é pessoal, subjetiva e relativa. Nessa perspectiva, a maior contribuição que a Teoria da Justiça em Kelsen oferece nos debates em torno das medidas restritivas é sobre a necessidade de garantir a livre manifestação pacífica e de tolerar opiniões divergentes, mesmo que descoladas das recomendações sanitárias.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A justiça kelseniana. In: *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, vol. 96, p. 541-563, 2001. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67517/70127>. Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 810 São Paulo. Requerente: Conselho Nacional de Pastores do Brasil. Intimado: Governador do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 5 abr. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346076604&ext=.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2021.

COSTA, Anna Gabriela. Brasil bate recorde e registra 4.249 mortes por Covid-19 em 24h. CNN Brasil, São Paulo, 8 abr. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/brasil-bate-recorde-e-registra-4249-mortes-por-covid-19-em-24h/>. Acesso em: 22 dez. 2021.

IDOETA, Paula Adamo. A polêmica sobre a lei que torna escolas 'essenciais' para abrirem mesmo no auge da pandemia. BBC News Brasil, São Paulo, 21 abr. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56824888>. Acesso em: 22 dez. 2021.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

KELSEN, Hans. Direito, estado e justiça na teoria pura do direito. In: *O que é Justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 285-299.

KELSEN, Hans. O que é justiça?. In: *O que é justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 1-25.

LOSANO, Mario G. O valor da justiça na obra de Kelsen. In: *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná*, vol. 59, n. 2, p. 31-45, 2014. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/37561/22988>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos Gregos ao Pós-Modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 457-460.

PRUX, Oscar Ivan. Justiça e positivismo no pensamento de Hans Kelsen. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 2, nº 7, p. 7443-7473, 2013.

ROCHA, Leonel Severo. O sentido político da teoria pura do direito. In: *Revista Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, Universidade Federal de Santa Catarina, vol. 5, n. 9, p. 57-75, 1984. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16732/15303>. Acesso em: 15 set. 2021.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A questão da justiça de Kelsen a Luhmann: do abandono à recuperação. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2010. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3112/Arnaldo%20>

[Bastos%20Santos%20Neto.pdf?sequence=1&isAllowed=y](#). Acesso em: 14 dez. 2021.

SERRANO, Layane. ‘Covid é a doença que mais mata crianças e adolescentes’, diz pediatra à CNN. CNN Brasil, São Paulo, 24 jul. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/covid-e-a-caoa-de-morte-numero-1-entre-criancas-e-adolescentes-diz-pediatra/>. Acesso em: 22 dez. 2021.



# A questão moral em kant: considerações sobre a teoria moral kantiana e breve análise sobre a moralidade do instituto da “descoberta de coisa alheia perdida” no código civil brasileiro

Myriã Bregonci da Cunha Braz

## 1 INTRODUÇÃO

Diversos filósofos propuseram teorias para identificar o que seria uma lei moral. Immanuel Kant propôs uma teoria moral pautada na racionalidade do homem e na sua condição de ser humano. A filosofia kantiana defende a existência de uma moral universal e atemporal, que seria aplicável a todos dissociada da “*particular constituição da natureza humana* ou das circunstâncias contingentes em que ela está colocada.”<sup>1</sup>

O homem é analisado como um fim em si mesmo, devendo sempre ser respeitado. Afastando-se da teoria Utilitarista, Kant separa a moralidade da satisfação dos desejos e instintos humanos, que normalmente são pessoais e particulares. Deste modo, a moral universal somente é possível quando o homem permite que a razão governe seus atos e vontades.

Nesta linha, o presente trabalho realiza uma análise da teoria kantiana, passando pela análise inicial da moral fundamentada na razão. Posteriormente, diferenciam-se os imperativos categóricos e hipotéticos de modo a indicar quais são os que possuem força moral.

Discorre-se, ainda, sobre o método do “teste de universalização” para identificação de quais condutas seriam morais, sobre a importância de conhecer se o motivo da conduta é pessoal ou se partiu de um puro dever.

---

1 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 87

Posteriormente, expõe-se o tratamento concedido pelo Código Civil Brasileiro ao instituto da Descoberta de coisa alheia perdida, positivada nos artigos 1.233 a 1.237 do Código Civil. Ao fim, analisa-se se a disciplina conferida pela lei material proporciona moralidade ao instituto em uma visão kantiana. Não se discute se a lei é ou não moral, mas sim se a conduta pautada na referida norma é dotada de moralidade.

## 2 KANT E A QUESTÃO MORAL

Immanuel Kant foi um filósofo prussiano do século XVIII, conhecido como “século das luzes”. Ele estava inserido em um contexto histórico de grande importância, o período Iluminista. A sociedade estava saindo de um período pautado pela divindade e religiosidade e passando para um momento de maior racionalidade. Neste cenário, Kant propõe uma teoria moral dissociada de questões religiosas. Para ele, a moral não tinha fundamento em algum ser místico ou superior, mas sim na liberdade e racionalidade humana.

### 2.1 Moralidade racional

Em sua teoria, Kant parte do pressuposto que todos somos racionais. Independentemente das características individuais e pessoais, todos os indivíduos são seres humanos, dotados, portanto, de uma parte racional. Como todo homem é um ser senciente, com instintos e sentimentos, mas também racional, Kant desenvolveu uma teoria indicando uma moral universal, dissociada de qualidades pessoais ou crenças particulares. Por meio da razão, o homem age com base em princípios e objetivando determinada finalidade com sua ação.

Caso a ação tomada seja universalizável e tenha um fim em si mesmo, tem-se que o homem agiu com base em um dever moral, pautado em um imperativo categórico. Na teoria kantiana, seria esta a ação dotada de valor moral, vez que não possui um objetivo além da própria atitude, sendo realizada com autonomia e liberdade.

Neste sentido, Kant defende a existência de uma moralidade universal, inerente ao ser humano. Ela independe do contexto geológico, político ou religioso ao qual o sujeito está inserido, e até

mesmo de sua situação ou características particulares.

Kant destaca que toda a natureza funciona de acordo com leis universais e atemporais, que não foram criadas ou elegidas, mas que existem e são aplicáveis a todo tipo de ser. Exemplo clássico é a lei da gravidade. Em que pese a fórmula matemática ter sido criada pelo homem, a gravidade existe e é imposta a tudo e todos, tanto a seres vivos como não vivos<sup>2</sup>. Outro exemplo é a lei física da ação e reação, ou que todo corpo tende a permanecer em seu *status quo*.

Do mesmo modo, Kant indica que há leis que os indivíduos outorgam a si mesmos pelo simples fato de serem racionais (os indivíduos). Não são leis criadas ou escolhidas pelo mundo exterior, mas leis que existem em decorrência da nossa razão. Somos seres dotados de razão e de emoções. Muitas vezes, agimos com nossas emoções, em busca de benefícios, felicidade e prazer, tentando afastar de nós qualquer dor. Entretanto, ao contrário do que prega o Utilitarismo, Kant não entende que a felicidade seja o “termômetro” da moralidade.

Em verdade, o que é moralmente correto não está necessariamente ligado àquilo que traga felicidade, ainda que isso seja uma consequência (mas sempre involuntária<sup>3</sup>). A razão não é um instrumento para realizarmos nossas vontades. Kant explica que a razão relacionada à moralidade é “uma razão prática pura, que cria suas leis a priori, a despeito de quaisquer objetivos empíricos”<sup>4</sup>: “[...] *for reason itself wills it so, and indeed pure reason giving laws a priori, which has no regard for any empirical ends (all of which are comprehended under the general name happiness)*”<sup>5</sup>.

Cada indivíduo possui seus sentimentos próprios. Entretan-

---

2 Obviamente que afetará em menor ou maior grau dependendo de onde o corpo se encontra. Mas a existência da lei da gravidade é incontestável: ela existe em todos os lugares, em todos os momentos e a todo tempo.

3 Involuntária no sentido de que não foi uma consequência necessariamente querida e objetivada.

4 SANDEL, M. J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 130. Destaca-se que os heideggerianos propõem uma objeção à universalização da razão prática pura argumentando que Kant teria ignorado a influência das pré-compreensões enraizadas na razão pela tradição/cultura, de modo que a universalização não seria possível ou somente seria no contexto de cada tradição.

5 KANT, Immanuel. On the common saying: that may be correct in theory, but it is of no use in practice. In: *The cambridge edition of the works of Immanuel Kant: practical philosophy*, trans. by M. Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 275/309, p. 290.

to, a razão, para Kant, é algo universal. Todos a possuem e deve ser ela a base para a questão moral. Mesmo reconhecendo que somos seres sencientes, dotados de instintos e vontades, somos seres pensantes, capazes de controlar nossas vontades por meio de nossa razão, sendo esta universal a todos os indivíduos.

A pura razão prática ignora as particularidades de cada indivíduo, levando em consideração somente sua qualidade de ser humano, ser racional. Ela determina princípios morais que analisam o ser humano de uma maneira genérica e específica - genérica, pois não se atém a qualidades individuais; específica, pois se leva em consideração a qualidade específica do homem de ser dotado de razão.

Assim, tal como existem leis naturais que são universais e atemporais, é possível estabelecer uma lei moral com estas mesmas qualidades. Esta lei moral é moralidade universal, inerente ao ser humano, cujo principal critério de existência (da lei moral) é a própria qualidade de ser humano. Na visão kantiana, pelo simples fato de os humanos serem racionais, todos estão sujeitos à uma mesma lei moral.

Todos os movimentos da natureza são determinados e previsíveis, em decorrência das leis que a governam. Já o ser humano, ser pensante e racional, possui suas ações governadas por princípios. De acordo com sua vontade, elege qual irá reger seus atos, qual terá mais valor, qual será menos prestigiado, qual não se pode abrir mão etc. Cada um possui a liberdade de escolher os princípios que seguirá.

Para Kant, a liberdade não está relacionada a agir conforme nossos interesses e desejos, livre de barreiras ou impedimentos. Agindo para satisfazer nossos desejos, não estamos exercendo nossa liberdade, mas sim sendo obedientes aos nossos desejos. “[...] sempre que estamos em busca da satisfação dos nossos desejos, tudo que fazemos é voltado para alguma finalidade além de nós.”<sup>6</sup>

Assim, nem todas as atitudes humanas são pautadas em princípios que advêm da razão. O homem é um ser racional, mas também é dotado de instintos, emoções, desejos e paixões. Deste modo, o indivíduo fundamenta suas ações em princípios movidos tanto pelas emoções, quanto pela razão. Quando agimos conforme

---

6 SANDEL, 2013, p. 120.



nossos sentimentos, estamos diante de um imperativo hipotético. Quando agimos pautados na razão, estamos diante de um imperativo moral, ou imperativo categórico.

Independentemente se o desejo é biologicamente determinado, ou se foi embutido ao indivíduo pelo contato com o mundo, agir para alcançá-lo não significa agir livremente. Quando tomamos atitudes visando satisfazer nossos interesses, estamos motivados não pela ação propriamente dita, mas pelos efeitos e consequências por ela gerados. Assim, estaremos agindo com heteronomia, na medida em que nossas escolhas serão ditadas por nossa natureza sencientes ou pelas convenções sociais<sup>7</sup>.

Kant deixa claro que as atitudes livres são aquelas realizadas de maneira autônoma. Só é livre aquele indivíduo que agir de acordo com uma lei auto imposta por ele, com fundamento em uma razão prática pura. Aquele que age para satisfazer seus desejos e instintos, age em obediência a eles. A ação tomada de forma heteronômica traduz uma espécie de subordinação do indivíduo, incompatível, portanto com liberdade. A vontade não é governada por uma lei determinada pelo sujeito, mas pelos seus desejos e necessidades.

## **2.2 Imperativo hipotético e imperativo categórico**

Ao elencar a razão como governante de nossas vontades, Kant registra que este governo pode ocorrer de dois modos<sup>8</sup>, fundados em dois “supra princípios”, nomeados por ele como imperativos.

O imperativo hipotético está presente nas ações que se fundamentam em uma consequência futura. O indivíduo age de determinada maneira motivado em suprir interesses e desejos. Ele não age de determinada forma por entender que é o certo a se fazer, mas sim porque visa um benefício futuro. Ou seja: o objetivo não está esgotado no ato realizado, mas sim nos efeitos e resultados deste ato.

A razão é utilizada como um instrumento para obter consequências de nosso interesse, de modo a satisfazer nossos desejos e paixões. Neste caso, não é a razão que governa a conduta, mas sim as inclinações pessoais. Age-se de determinada maneira visando uma consequência de seu ato: realizei doações pois quero que a

---

7 Ibidem, p. 121.

8 KANT, 2005.

sociedade me enxergue como uma pessoa boa. O ato de ser caridoso não é suficiente por si só, mas é motivado pela possibilidade de promoção pessoal.<sup>9</sup> A ação está condicionada a algum benefício, a alguma satisfação do indivíduo. Ela é boa apenas "como meio para [obter] *qualquer outra coisa*." <sup>10</sup>

Já quando agimos conforme a razão, sem focar no que a ação pode nos trazer, estamos em conformidade com um imperativo categórico, um imperativo "incondicional"<sup>11</sup>. Não importam as condições ou circunstâncias, o dever ou direito categórico deve sempre prevalecer:

Há por fim um imperativo que, sem se basear como condição em qualquer outra intenção a atingir por certo comportamento, ordena imediatamente este comportamento. Este imperativo é categórico. Não se relaciona com a matéria da acção e com o que dela deve resultar, mas com a forma e o princípio de que ela mesma deriva; e o essencialmente bom na acção reside na disposição (Gesinnung) (\*), seja qual for o resultado. Este imperativo pode-se chamar o imperativo da moralidade.<sup>12</sup>

A ação não está relacionada a outro motivo, a determinado resultado ou a um benefício futuro, pois ela é um fim em si mesmo. A atitude é realizada por um puro dever: age-se de tal maneira pois é a coisa certa a se fazer. Deste modo, os imperativos categóricos são leis práticas, universais, que declaram "[...] a acção como objectivamente necessária por si, independentemente de qualquer intenção, quer dizer sem qualquer outra finalidade, vale como princípio apodíctico (prático)"<sup>13</sup>.

Enquanto os imperativos hipotéticos são individuais, pois visam benefícios próprios, os imperativos categóricos são atinentes a todos. Independentemente das condições do meio no qual o sujeito está inserido, independentemente de sua classe social, gênero ou

9 A moralidade nestes casos é sempre analisada pela sociedade atual, na qual as pessoas buscam, cada vez mais, expor suas atitudes pessoais. Divulgações em redes sócias de atos "caridosos" realizados por pessoas de reconhecimento público notório muitas vezes são considerados como mecanismo de promoção pessoal. É comum observar críticas questionando a finalidade da divulgação do ato ou se a atitude ainda assim seria realizada caso não se tornasse pública.

10 KANT, 2005, p. 50, *grifos do autor*.

11 SANDEL, 2013.

12 KANT, 2005, p. 52

13 *Ibidem*, p. 50 (*grifos do autor*). Princípio apodíctico é aquele que contém algo autoevidente, ou seja, algo demonstrável por si mesmo.

condições financeiras, a atitude deve ser tomada, pois é a coisa certa a se fazer. Deste modo, os imperativos categóricos formam uma moral universal e racional.

Neste sentido, ainda que determinada conduta seja caracterizada como legal ou até mesmo aparentemente justa, a motivação do indivíduo é estritamente necessária para análise do valor moral desta conduta, no sentido kantiano. Havendo um fim além do mero exercício da conduta, esta pode ser vazia de moralidade mesmo sendo lícita.

### 2.3 O “teste” de universalização

Na visão kantiana, apenas as atitudes pautadas em um imperativo categórico possuem valor moral. Deste modo, aquele que quiser agir moralmente, não deve apenas entender o significado de um imperativo categórico, mas também saber alcançá-lo diante dos fatos da vida.<sup>14</sup> Para identificarmos um imperativo categórico, devemos fazer um “teste” de universalização: “*Age como se a máxima da tua acção se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza.*”<sup>15</sup>

Partindo do pressuposto de que nossas ações são determinadas pelos nossos princípios, também nomináveis como “máximas”, uma ação moral é aquela cuja máxima que a determinou pode ser considerada lei universal, absoluta, sem análise de motivação ou propósito específico no caso concreto. Sandel registra que “isso significa que só devemos agir de acordo com os princípios que podemos universalizar sem entrar em contradição.”<sup>16</sup>

Caso haja contradições, notaremos que a máxima não irá se sustentar. Um exemplo prático e de fácil entendimento é a mentira. Se eu considero correto mentir a alguém porque não quero magoá-lo, parto do princípio de que “sempre que não quiser magoar alguém, não falarei a verdade”. Entretanto, com uma simples análise, nota-

14 Não se pode confundir o teste da universalização com uma suposta conferência de empirismo à moral universal. Kant indica que os imperativos categóricos não são obtidos empiricamente. Com este “teste”, busca-se apenas uma forma de prática para o homem identificar o imperativo categórico na escolha de suas vontades em seu dia a dia.

15 KANT, 2005, p. 59 (grifos do autor).

16 SANDEL, 2013, p. 131.

mos que esta máxima não pode se sustentar, pois se todos somente proferirem mentiras, não haverá mais confiança entre as pessoas, denegrindo as relações interpessoais, o que não traria contentamento para os indivíduos.

Além disso, ao mentir, o indivíduo na verdade age desta forma para “proteger-se” ou para “beneficiar-se”, pois sabe que a verdade poderá deixá-lo numa situação delicada frente ao receptor. Usa-se quem ouve como um instrumento do desejo de não ter ninguém com sentimentos ruins perante o emissor.

Mesmo que, aparentemente, a ação seja correta por apresentar um “motivo justo”, este motivo é completamente pessoal: há quem prefira ouvir a verdade, mesmo se ela gerar mágoas. Mostra-se, portanto, que a atitude foi pautada em inclinações pessoais, que não são universais, tampouco morais:

Esta relação, quer assente na inclinação quer em representações da razão, só pode tornar possíveis imperativos hipotéticos: devo fazer alguma coisa porque quero qualquer outra coisa. Ao contrário, o imperativo moral, e portanto categórico, diz: devo agir desta ou daquela maneira, mesmo que não quisesse outra coisa. Por exemplo, aquele diz: não devo mentir, se quero continuar a ser honrado; este, // porém, diz: não devo mentir, ainda que o mentir me não trouxesse a menor vergonha. O último, portanto, tem que abstrair de todo o objecto, até ao ponto de este não ter nenhuma influência sobre a vontade, para que a razão prática (vontade) não seja uma mera administradora de interesse alheio, mas que demonstre a sua própria autoridade imperativa como legislação suprema.<sup>17</sup>

Mentir para não magoar alguém não seria uma atitude em consonância com o imperativo categórico, tanto pelo fato de a conduta estar pautada em desejos e inclinações, quanto pelo fato de não ser universalizável.

Assim, mediante o teste da universalização da máxima, é possível identificar se a conduta a ser tomada é ou não moral. Sendo universalizável e pautada em imperativos categóricos, a máxima constitui uma lei moral, que deve ser respeitada e praticada por todos independentemente dos resultados que dele se pode advir.

17 KANT, 2005, p. 86 (grifos do autor)..

## **2.4 Motivo e finalidade da ação**

Além da possibilidade de universalização da máxima, deve-se entender o imperativo categórico como aquele que possui um valor absoluto, como um fim em si mesmo. Não estão de acordo com a lei moral as atitudes que levam em conta desejos e interesses pessoais. Utilizar as outras pessoas como instrumento para maximizar felicidade e benefícios próprios não está de acordo com a moral defendida por Kant.

O homem não pode ser tratado como um instrumento para atingir resultados. Principalmente por ser dotado de racionalidade, o homem deve ser respeitado e sempre analisado como um fim em si mesmo. Assim como a humanidade possui um valor moral intrínseco, a ação também deve possuir um valor intrínseco para ser considerada moral. O imperativo categórico determina que só possua força moral as ações tomadas com um fim em si mesmas.

Acontece que como o ser humano é dotado de emoções e sentimentos, tendemos a agir de maneira a satisfazer nossos interesses, muitos deles desprovidos de qualquer racionalidade real. Muitas vezes, agimos com a emoção e não com a razão. Este tipo de conduta não possui qualquer valor moral, na medida em que “a moralidade não deve ser baseada apenas em considerações empíricas, como interesses, vontades, desejos e preferências que as pessoas possam ter em um determinado momento.”<sup>18</sup>.

A ação considerada moral é aquela que não foi submetida a uma prévia análise “por que” ou “para que” ela foi tomada. Na verdade, o único “porquê” é o dever: a atitude a ser tomada é esta pois há um dever moral de assim agir. Caso o motivo não seja o mero dever, a ação não possui moral, de modo que, na visão kantiana, mesmo se a conduta seja “boa” ela pode não possuir moral, pois não importam as consequências, mas sim a intenção com a qual a ação foi realizada: se foi por inclinação ou pelo dever. Só é moral a ação tomada em função da própria lei moral.

## **2.5 Ética do dever**

Para Kant, a motivação da ação importa. Se a finalidade

---

18 SANDEL, 2013, p. 119.

transcende à atitude tomada, se a ação *de per se* não esgota sua motivação, é porque a atitude tomada apresentou-se como um meio para a obtenção de outro resultado querido. Assim, só é moral a conduta que tem como finalidade ela própria, pautada no simples dever de ser realizada a conduta.

Toma-se a atitude porque ela deve ser tomada, nunca em decorrência de possíveis benefícios ou determinada consequência advinda daquela ação. Se uma pessoa afortunada realiza doações a pessoas carentes, ela o faz pelo ato de doar, e não de tornar-se mais bem quista pela sociedade. Caso a motivação seja esta última (reconhecimento próprio), a atitude tomada pela pessoa afortunada não está conforme a moral kantiana.

Neste sentido, a simples previsão legal de determinada atitude não lhe confere moralidade. Tem-se como exemplo a delação premiada, segundo a qual o meliante (delator) que colabora efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal terá direitos a benefícios como redução da pena ou até mesmo perdão judicial.<sup>19</sup>

As informações prestadas pelo delator auxiliam na descoberta da verdade, que, em muitos dos casos, não poderia ser revelada caso não houvesse sua colaboração premiada. Entretanto, sabe-se que o intuito único e exclusivo daquele que delata é gozar dos benefícios conferidos para lei, e não apenas para auxiliar à justiça. O próprio instituto já indica que a ação deve ser realizada em prol da obtenção de um prêmio. Note-se, portanto, que a finalidade para o delator é o benefício advindo da delação, e não sua colaboração com o processo. Deste modo, a delação premiada não seria algo moralmente correto na visão kantiana.

Para Kant, fazer a coisa certa, mas pelo motivo errado tolhe o valor moral da ação, haja vista que, neste caso, a atitude não é tomada pelo dever, mas sim pelas consequências e benefícios que trará. Agindo assim, o homem está movido pelas suas paixões e desejos, e não pela razão. A coisa certa deve ser feita pois é dever fazê-la. Por isso denomina-se a teoria kantiana de “ética do dever”: somente as ações motivadas pelo dever possuem valor moral. Não importa a consequência obtida, mas sim a motivação da ação: não se trata de “os fins justificam os meios”, ou “os meios justificam os

<sup>19</sup> Artigo 4º, Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.

fins”, mas sim “o motivo justifica o meio e o fim”.

Neste sentido, ações morais são aquelas motivadas pelo dever, e não por uma inclinação. As atitudes são tomadas dissociadas de desejos internos, mas exclusivamente pautadas no que deve ou não ser feito por todos, constituindo-se um dever universal e atemporal, decorrente de uma razão prática pura.

### **3 O INSTITUTO DA DESCOBERTA NO CÓDIGO CIVIL**

Situado no título Da Propriedade, o instituto da descoberta de coisa alheia positivou sobre a obrigatoriedade de devolução de coisa achada. Assim, aquele que encontra coisa perdida, possui o dever jurídico<sup>20</sup> ou uma obrigação de fazer de devolvê-la<sup>21</sup>. O brocardo “achado não é roubado” não é recepcionado pelo direito brasileiro: tanto o Código Civil determina a devolução da coisa alheia achada, quanto o Código Penal prevê a apropriação de coisa achada como crime (Artigo 169, II, Código Penal).

Registra-se que a coisa perdida não se confunde com a coisa abandonada. A diferença está na intencionalidade em se liberar do bem<sup>22</sup>, existente apenas nesta última figura. Caso haja o abandono da coisa, aquele que a detinha não possui mais interesse possessório sobre ela, configurando-se, portanto, a perda da propriedade (artigo 1.275, III, Código Civil). Neste caso, aquele que achar a coisa abandonada não tem a obrigação de devolvê-la ao proprietário, na medida em que sequer existirá (o proprietário).

Com relação à coisa alheia perdida, o artigo 1.233 do Código Civil prevê expressamente que “Quem quer que ache coisa alheia perdida há de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor.”<sup>23</sup> Segundo o dispositivo legal, caso o descobridor não conheça o proprietário ou possuidor, deve promover diligências a fim de encontra-lo. Não o identificando, o descobridor deve entregar a coisa à autoridade competente que irá realizar as medidas cabíveis para buscar o legítimo proprietário<sup>24</sup>. Após determinado lapso temporal, a coisa poderá ser

20 LÔBO, Paulo. *Direito civil: coisas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

21 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2017.

22 LÔBO, 2017, p. 179.

23 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: institui o código civil.

24 Essas medidas possuem previsão expressa no artigo 1.236 do Código Civil e



abandonada em favor do descobridor ou vendida em hasta pública se a possuir valor considerável.<sup>25</sup>

Caso o descobridor encontre o dono e devolva a coisa perdida, prevê o Código Civil que ele “[...] terá direito a uma recompensa não inferior a cinco por cento do seu valor, e à indenização pelas despesas que houver feito com a conservação e transporte da coisa, e à indenização pelas despesas que houver feito com a conservação e transporte da coisa, [...]”<sup>26</sup>. A recompensa, ou “achádego”<sup>27</sup>, também é devida ao descobridor no caso de venda por hasta pública.

Assim, a lei expressamente determinou que a descoberta da coisa alheia perdida sempre trará um retorno para aquele que a descobriu, seja por meio de uma recompensa, seja pela substituição da recompensa “pela própria entrega do bem móvel *in natura*.”<sup>28</sup>

Deste modo, caso não obtenha o retorno de sua descoberta, é direito do descobridor pleitear indenização pelo seu ato ou até mesmo reter a coisa achada. Esta “contraprestação” é um direito do descobridor, que pode pleiteá-la em juízo ou até mesmo reter a coisa achada em caso de negativa do pagamento do achádego.

## 4 A DISCIPLINA LEGAL DA DESCOBERTA SOB UMA ANÁLISE KANTIANA

Da leitura da lei civil, indiscutível a qualidade legal<sup>29</sup> e jurídica da obrigatoriedade de entregar coisa alheia perdida ao seu legítimo possuidor (Artigo 1.233, Código Civil) e do direito de recompensa do descobridor (Artigo 1.234, Código Civil). O questionamento que se faz é se a disciplina normativa do Código Civil Brasileiro embute ou não um valor moral ao instituto.

### 4.1 A obrigatoriedade de entrega da coisa perdida

---

artigo 746, §2º do Código de Processo Civil.

25 Artigos 1.237, *caput* e parágrafo único do Código Civil Brasileiro.

26 Artigos 1.234 do Código Civil Brasileiro.

27 FARIAS; ROSENVALD, 2017.

28 FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 356.

29 “Legal” no sentido de “previsto em lei”.



O artigo 1.233 do Código Civil determina expressamente sobre a obrigatoriedade de entrega da coisa perdida. Para analisa-lo, é possível dividi-lo em dois princípios gerais. O primeiro refere-se à “impossibilidade” de tomar para si coisa alheia perdida. O segundo, ao dever (ou obrigação)<sup>30</sup> de restituir (ou pelo menos tentar restituir) a coisa ao seu legítimo dono.

Para analisarmos se os princípios detém a forma moral indicada por Kant, é necessário se ater à motivação destas condutas além de realizar o teste da universalização.

De plano, ao realizar o teste da universalização em ambas situações, é possível chegar em máximas universalizáveis. Caso contrário, estaríamos negando estes princípios e defendendo que tomar para si coisa alheia achada ou não devolve-la ao seu legítimo dono seriam atitudes morais. Entretanto, as máximas, “ninguém pode tomar para si coisa alheia que encontre” e “deve-se entregar as coisas alheias perdidas aos seus legítimos donos” são condutas esperadas por todo e qualquer indivíduo.

Analisando isoladamente este dispositivo, conclui-se que o ato de devolver coisa alheia perdida é realizado por puro dever. É conduta pautada na razão prática pura, desprovida de qualquer inclinação pessoal. Deste modo, é possível concluir que o dispositivo em comento é fundado em imperativos categóricos, normas aplicáveis a todo e qualquer homem. Independentemente de suas condições pessoais, é dever agir de tal forma, sendo, portanto, moral a norma trazida pelo artigo 1.233 do Código Civil Brasileiro.

## **4.2 A recompensa pela restituição**

A previsão legal da obrigatoriedade da recompensa acaba gerando uma desmoralização do instituto da descoberta. Se partimos do imperativo “será devida recompensa a quem devolver coisa perdida”, temos que sua universalização acabará desvirtuando a própria finalidade do instituto. A finalidade é a restituição da coisa ao seu legítimo dono, que por motivos alheios perdeu um bem que era seu.

Caso esse imperativo seja universalizado, teremos que a

---

30 Para o presente texto não é relevante a discussão se o descobridor possui um dever ou uma obrigação. Apenas registra-se que há autores que qualificam de um e do outro modo, vide notas de rodapé 20 e 21.

devolução do bem estará sempre condicionada a uma contraprestação. Em verdade, o próprio tratamento legal concedido ao instituto já possibilita esta situação, na medida em que o descobridor tem o direito até mesmo de reter o bem no caso de não ser recompensado pela sua atitude.

A atitude deve ser tomada por puro dever, pois é a coisa certa, e não por conta do direito de uma recompensa. Do modo pelo qual o instituto está disciplinado, abre-se margem para comportamentos imorais, movidos por inclinações e condicionados a um retorno financeiro.

O dispositivo, então, está fundado em um imperativo hipotético, pelo qual aquele que acha a coisa perdida devolve a coisa movido pela contraprestação que o beneficiará. A motivação passa a não ser o dever de agir da maneira correta, mas sim uma satisfação pessoal. Mesmo que a entrega da coisa achada seja conforme a lei moral, a conduta pode ser realizada fundada no caráter pecuniário, e não no dever em si:

Pois que aquilo que deve ser moralmente bom não basta que seja conforme a lei moral, mas tem também que cumprir-se por amor dessa mesma lei; caso contrário, aquela conformidade será apenas muito contingente e incerta, porque o princípio imoral produzirá na verdade de vez em quando acções conformes à lei moral, mas mais vezes ainda acções contrárias a essa lei.<sup>31</sup>

Assim, na visão kantiana, a obrigatoriedade do pagamento de uma recompensa retira o caráter moral do instituto da descoberta. Como se não bastasse, é direito do descobridor reter a coisa em caso de não indenizado, o que evidencia a elevação e importância da consequência (contraprestação) da ação. A restituição da coisa não se apresenta como um fim em si mesmo. O indivíduo deve agir conforme o dever não pela chance de ser recompensado, mas sim pois é a coisa certa a ser feita.

Possivelmente, para convergir com a visão kantiana, o instituto deteria valor moral caso não houvesse essa obrigatoriedade no pagamento de uma recompensa ao descobridor, deixando como uma faculdade ao legítimo possuidor. Desta forma, aquele que encontra

31 KANT, 2005, p. 16 (grifos do autor).

coisa alheia perdida a restituiria pelo simples dever de fazê-lo, incondicionado de qualquer recompensa.

Neste sentido, correto fosse apenas prever a indenização pelas despesas do descobridor com a conservação e transporte da coisa, na medida em que não se pode permitir que alguém assuma um ônus financeiro em decorrência de algo que não lhe pertence (esta seria, então, a máxima universalizável).

Embora a intenção do legislador seja “boa”, a positivação legal acaba afastando o valor moral da conduta difundido por Kant. Analisando como um todo, percebe-se que a disciplina da descoberta de coisa alheia perdida, conforme positivada no Código Civil, acaba influenciando o indivíduo e tolhendo sua liberdade ao pré-determinar para uma conduta aparentemente boa uma consequência que pode ser o motivo pela adoção da própria conduta.

## **5 CONCLUSÃO**

Kant propõe uma teoria moral universal e atemporal. Embora o homem seja dotado de instintos e desejos, sua qualidade de ser racional confere-lhe a liberdade de governar suas vontades. Deste modo, é plenamente possível existir uma lei moral universal, fundada no exercício da razão.

Esta lei moral é pautada em imperativos categóricos, que independem do resultado da conduta, mas se fundamentam única e exclusivamente no próprio dever de agir. Mediante um teste de universalização, é possível elencar quais seriam as máximas a serem eleitas por todos os indivíduos perante as situações em concreto.

Entretanto, a ação moral não é somente aquela que obedece a uma lei moral, mas sim que respeita esta lei e é realizada em função desta lei. Na visão kantiana, aquele que age da maneira correta fundado em motivos diferentes da própria ação *de per se*, age heteronomicamente, é escravo de seus sentimentos. Deste modo, não há valor moral nas condutas que, embora aparentem ser boas, foram motivadas por outro resultado diferente do simples dever de se agir.

O Código Civil Brasileiro, ao tratar da descoberta de coisa alheia perdida, positiva princípios universalizáveis e morais, na medida em que se espera que toda e qualquer pessoa, encontrando algo que não lhe pertence, não tome posse da coisa e busque entregá-la

ao seu legítimo possuidor.

Entretanto, ao prever a obrigatoriedade da existência de uma recompensa a esta ação moralmente correta, o legislador acaba concedendo ao descobridor da coisa um motivo que pode ser o fundamento de sua conduta. Não significa que o dispositivo é imoral, mas sua redação é capaz de embutir àquele que acha a coisa o dever de restituí-la pelo fato de obter uma recompensa, e não pelo simples fato de que é dever restituir.

Além disso, com a possibilidade do exercício do direito de retenção pelo descobridor, condiciona-se o dever da entrega da coisa a um resultado. Nota-se, assim, que o imperativo que governa a conduta é hipotético, pautado em um resultado que não a própria entrega.

Portanto, em uma análise kantiana, a disciplina conferida ao instituto da descoberta de coisa alheia perdida acaba desvirtuando a função moral de suas premissas, vez que se confere um benefício à conduta mais importante do que ela mesma. Para corresponder aos imperativos kantianos, apenas a previsão do dever de restituição da coisa achada conduziria a atitudes morais, deixando a recompensa como algo facultativo ao legítimo possuidor.

Deste modo, aquele que achar algo que não lhe pertence deve restituir a coisa ao dono não porque irá ganhar uma recompensa, mas porque é a coisa certa a ser feita.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002: Institui o Código Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013: Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm). Acesso em jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015: Código de processo civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em jul. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 13. ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005. Disponível em [https://ufpr.cleveron.com.br/arquivos/ET\\_434/kant\\_metafisica\\_costumes.pdf](https://ufpr.cleveron.com.br/arquivos/ET_434/kant_metafisica_costumes.pdf). Acesso em jul. 2019.

\_\_\_\_\_. On the Common Saying: That may be correct in theory, but it is of no use in practice. In: *The cambridge edition of the works of immanuel kant: practical philosophy*, trans. by M. Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 275/309. Disponível em <https://hesperusisbosphorus.files.wordpress.com/2015/02/theory-and-practice.pdf>. Acesso em jul. 2019.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: coisas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANDEL, M. J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.



# Breves considerações sobre Direito e justiça: a contribuição de John Rawls

Paula Fernanda Monteiro

## 1 INTRODUÇÃO

Por vezes os conceitos de Direito e Justiça se confundem, sobretudo pela ótica do consenso popular. Sabemos, no entanto, que nem sempre o que é direito é justo e vice-versa, já que a concepção de justiça é muito mais ampla, abrangendo valores morais que transcendem o tempo e o espaço. Já o Direito é um fenômeno social e histórico, um conjunto de princípios, normas e regras de um determinado povo.

O estudo sobre Direito e Justiça foi sendo desenvolvido ao longo dos séculos por importantes filósofos, sociólogos e juristas, como Aristóteles, Rousseau e Kelsen, por exemplo. Cada um deles, de acordo com sua percepção do que era Justiça, desenvolveu escritos e obras que são fundamentais para compreendermos o que é a Justiça e sua relação com o Direito.

Nesse sentido, temos também a contribuição recente (século XX) do cientista político John Rawls. Um norte-americano contemporâneo de uma sociedade dividida pelas questões raciais, num contexto de luta por igualdade e marcado pelo clima tenso da Guerra Fria. Rawls chegou a lutar na Guerra do Vietnã.

## 2 CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA

O conceito de Justiça foi, ao longo dos séculos, definido de diferentes perspectivas.

Segue abaixo algumas das abordagens indispensáveis ao falarmos de Justiça. Primeiramente, remontando ao conhecimento

clássico, sabe-se que, para Aristóteles,

a justiça é a virtude em sua excelência, por compreender todas as demais virtudes. Diferentemente de Platão, a justiça aristotélica não é idealizada, não é algo transcendente, mas uma virtude, portanto, adquirida pelo exercício, pelo hábito. A justiça é a virtude que deve reger as relações entre os homens no interior da cidade, como também deve ordenar as relações destes homens com a cidade. É ela que organiza a comunidade política, seja nas relações dos homens entre si, seja na relação dos homens com a cidade, caracterizando-se assim, como um valor ético e político (AMORIM, 2011, p. 73)

Nas obras de Tomás de Aquino, a justiça pode ser entendida como um hábito segundo o qual cada um dá ao outro o que lhe pertence segundo o direito, permanecendo nele com uma vontade constante e perpétua. Arnaldo Godoy (2012) apresenta o conceito de justiça em John Stuart Mill como uma percepção prática e utilitária. Para Mill, justiça seria um nome apropriado para certas utilidades sociais que são muito importantes. Utilidade e felicidade seriam os objetivos da justiça, pura e simplesmente. Rousseau traz a ideia de contrato social, ou seja, um pacto, uma medida conjunta no sentido da formação desta sociedade civil e do Estado. Trata-se de um acordo que constrói um sentido de justiça que surge a partir do próprio pacto.

Já em Kant, conforme afirma Moraes,

a justiça é uma conformidade a leis externas, sejam estas leis naturais externas (princípios racionais a priori), sejam leis positivas. Com a ideia de justiça, Kant entrona os parâmetros racionais no fundamento da ordem política e jurídica, e o faz fornecendo especial relevância ao trabalho dos cientistas jurídicos, que devem cultivar-se na via do esclarecimento para, mediante o uso público da sua razão, alumiar mudanças na sociedade em direção a uma sociedade civil que administre universalmente o direito, a fim de proporcionar a máxima liberdade e resguardar os limites desta liberdade, garantindo que a humanidade desenvolva plenamente as suas melhores disposições (MORAES, 2015, p. 251)

Avançando um pouco mais, chegamos a Hans Kelsen, que não considera como objeto de conhecimento do jurista, as doutrinas



das Justiças e que aquele deve estar afeito a compreender a mecânica das normas jurídicas.

Em Rawls, vemos que o conceito de justiça está diretamente ligado às instituições sociais, sendo sua principal virtude. Trata-se de um acordo que constrói um sentido de justiça que surge a partir do próprio pacto, como abordaremos mais detalhadamente a seguir

### **3 A TEORIA DA JUSTIÇA EM RAWLS**

John Rawls como se sabe, é neocontratualista e traz em sua teoria da justiça, conceitos rousseaurianos dos quais o principal é a existência de um “contrato social”. A preocupação central do autor,

é construir uma concepção política da justiça como equidade que pudesse, pelo consenso de sobreposição, ser assumida pelas demais doutrinas morais abrangentes. Rawls sustenta que a justiça como Equidade ainda representa um dispositivo que pode ser aceito por teorias morais abrangentes, mas somente enquanto reconhecido como uma concepção política de justiça e não como uma doutrina moral abrangente (OLIVEIRA, 2000, p. 154)

Rawls também é kantiano e o racionalismo nessa teoria está presente na metodologia construtivista que busca definir uma ideia determinada de pessoa, envolvida num determinado procedimento, com uma determinada finalidade (escolher os princípios básicos de justiça equitativa).

O autor parte de uma situação fictícia de igualdade, numa condição hipotética denominada “posição original” na qual os indivíduos desconhecem sua posição na sociedade ou classe, não sabendo o que lhes caberá na distribuição de bens e capacidades naturais. Ou seja, uma absoluta situação de igualdade. Mas não devemos confundir: para Rawls, as pessoas não são iguais, apenas desconhecem as diferenças existentes entre elas na situação da posição inicial. Por isso a negociação jamais possuirá qualquer sentido usual, utilitário, ao contrário, será completamente referenciada pelo significado social de justiça. O autor adota como pressuposto a noção intuitiva do homem racional e moral. Sua teoria está ligada à teoria da escolha racional, pois procura investigar os princípios que seriam adotados

de forma racional, dada uma situação contratual.

### 3.1 Princípios da justiça

De acordo com a teoria de Rawls, dois são os princípios escolhidos pelos homens na posição original: Liberdade e igualdade. Liberdade: garante iguais liberdades de cidadania (liberdade de expressão, reunião, voto, elegibilidade para funções públicas). Igualdade/diferença: não é a diferença para corrigir nascimento, talento, diferenças salariais, etc. Para Rawls não há injustiça nas pessoas serem desiguais pelo nascimento, origem, desigualdades salariais e não é papel do Estado igualizar isso. Injusto é o modo como as instituições lidam com isso. Tem que se impor uma correção. Resumindo, seria incorreto a pessoa ter milhões e não participar da distribuição do mínimo.

Assim, na posição original, cada pessoa deve almejar as alternativas que posicionem os indivíduos mais desprivilegiados nas situações menos desfavoráveis. Tais premissas levaram a escolha da regra do maximin (compensatório), pois 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.

O argumento para adesão a esse contrato: Indivíduos livres e racionais devem ceder aos princípios de justiça, pois pode chegar o dia em que não serão maioria, e quando for o caso de ser minoria, não sofrerá com um governo utilitarista, por exemplo.

De acordo com Paul Ricouer, Rawls, sem declarar explicitamente, fez uma teoria abrangente, por isso, competia com concepções da mesma amplitude como utilitarismo de Mill e o transcendentalismo kantiano, cuja pretensão é, realmente abranger a totalidade das interações humanas e das instituições que as enquadram.

### 3.2 Função distributiva do estado

Para Rawls, a função do Estado é distributiva: corretiva, mas não acima da liberdade, de modo que propõe uma política procedimentalista para justiça social: princípios neutros de justiça para que

as próprias pessoas possam realizar seus projetos. Por exemplo, com benefícios sociais mínimos (fazer isso tirando dos afortunados). Diferentemente de políticas finalistas (não são de Rawls), como cotas para deficientes, por exemplo.

Uma das críticas à teoria da justiça de Rawls é a de que ele não seria procedimentalista, apesar de se autoafirmar, pois quando você dá algo, já seria o resultado final.

#### **4 A MUDANÇA NA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS**

Segundo Oliveira (2000, p.153 e 154) Rawls reformulou sua proposta na obra “Liberalismo Político”, que é uma compilação de artigos escritos para rever sua Teoria da Justiça. Deslocando e repositando a justiça como equidade do campo da filosofia moral para o âmbito da filosofia política.

Paul Ricouer (2008, p. 89), por outro lado, afirma que Rawls começou uma nova série de artigos, não com o objetivo de revisar a definição dos princípios de justiça enunciados na obra. A revisão versa unicamente sobre o campo de aplicação e os meios de efetivação de uma teoria que permanecesse essencialmente intocada.

Oliveira afirma que

O recuo da ética para a política se deu pelo fato do autor compreender que o tipo de estabilidade necessário na sociedade democrática, marcada pelo pluralismo de visões morais abrangentes e razoáveis, não poderia ser consumado pela proposta daquela obra, onde concebera princípios de justiça como alternativa sistemática superior ao utilitarismo. No entanto, concebida daquela maneira, a justiça como equidade era, simplesmente, uma doutrina abrangente razoável, incompatível com outras doutrinas plausíveis, como o utilitarismo e a teoria moral kantiana. (OLIVEIRA, 2000, p. 156)

A falha na teoria estaria em não distinguir entre dois tipos muito diferentes de concepção da moral: o de uma teoria moral abrangente que remete ao problema da justiça e o de uma concepção política de Justiça, Independente de qualquer teoria abrangente. Essa distinção é crucial para compreendermos as transformações ocorridas na teoria da justiça rawlseana.

Oliveira prossegue sua crítica a Rawls chamando seu “Libe-

ralismo político”, sua mudança de direção, de “utopia política retraída” a qual descreve com as seguintes palavras:

entramos em um “viveiro” incomum de homens razoáveis que buscam descobrir como viver com cada outro. Todos necessitam concordar com algumas regras básicas. Possui pressuposições metafísicas e até mesmo axiológicas diferentes, talvez incompatíveis. Entretanto como homens razoáveis mesmo que estejam convencidos da verdade e exequibilidade de suas próprias proposições aceitam que outros homens também razoáveis podem manter outras pressuposições igualmente razoáveis. Descobrem que se devem tolerar uns aos outros e se suprir como um todo de oportunidades necessárias para sustentar a solidariedade de homens razoáveis. Neste mundo ideal, naturalmente, é razoável ser razoável. Oliveira (2000, p.156)

O liberalismo rawlsiano fornece a liberdade, o estilo de vida individualista e a disciplina do dever Cívico baseado no que o autor e seus interlocutores razoáveis consideram ser razoáveis.

### 4.1 Pluralismo razoável e consenso de sobreposição

Construir uma concepção política de justiça que atenda às demandas do pluralismo razoável está na mesma linha de descobrir princípios que possam garantir a estabilidade, caracterizada por um acordo amplamente enraizado no que tange a questões fundamentais relacionadas à sociedade bem-ordenada.

Pluralismo razoável é entendido como doutrinas morais, religiosas, filosóficas abrangentes capazes de subscrever uma agenda política consensual mínima. A razoabilidade é acatar preceitos do liberalismo e não utilizar suas crenças como força de poder coercitivo.

A necessidade de um consenso de sobreposição surge porque aqueles dotados de divisões morais abrangentes devem procurar um lugar-comum para alcançar consensos sobre princípios de Justiça. Conflitos e controvérsias são eliminados da concepção política de Rawls a teoria política rawlsiana é pensada a partir de indivíduos que compartilham de uma razão pública, cujos postulados não contemplam preceitos contraditórios.

## 5 CONCLUSÕES

Na obra *Uma teoria da Justiça* (1971), o objetivo de Rawls era representar uma alternativa ao utilitarismo. Seu objeto é a “estrutura básica da sociedade”, as principais instituições sociais num sistema único, atribuindo direitos e deveres fundamentais e estruturando a distribuição das vantagens e dos encargos resultantes da cooperação social. Cabe ressaltar que a construção doutrinária de John Rawls, como bem explicita Bastos e Rocha (2003, p. 442), intenta justificar o moderno Estado do Bem-Estar.

Rawls considera que a justiça é a virtude principal dessas instituições. Ele segue o pensamento kantiano: O justo é construído, uma vez que procede de uma escolha racional, ao passo que se considera o bem encontrado, descoberto, uma vez que é apreendido intuitivamente.

Para defender sua teoria, recorre a figura do contrato, pois é um forte mecanismo de compromisso. Os autores Romeu Bastos e Maria Elizabeth Rocha (2003, p. 428) afirmam que ele utiliza a teoria contratual como ponto de partida para alcançar o aumento da igualdade mediante princípios universais de justiça distributiva.

Com o passar do tempo e depois de muitas críticas, Rawls muda sua teoria de direção, passando do campo de atuação moral para o político.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Ana Paula Dezem. A Justiça em Aristóteles: Estudo sobre o caráter particular da justiça aristotélica. *Revista Eletrônica Direito Franca*. v. 4, n. 1, 2011. p. 70 – 89. Disponível em <https://doi.org/10.21207/1983.4225.90>

BASTOS, Romeu Costa Ribeiro; ROCHA, Maria Elizabeth Guimaraes Teixeira. A Ética jurídica de John Rawls e o princípio do maximin. Uma reflexão sobre o estado constitucional moderno e a teoria da decisão. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, p. 427-444m jul/dez 2003.

BUENO, Roberto. John Rawls e a teoria da justiça revisitada. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de*

Valparaíso, Valparaíso, n. 34, p. 667-697, 2010.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MORAES, Líria Kédina Cuimar de Sousa. *Revista de teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica* | e-ISSN: 2525-9644| Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 245 - 263, jul/dez. 2015.

RAWLS, John. *O Liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

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

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







ISBN: 978-85-68228-03-6

**CD**



9 788568 228036

**Justiça Federal  
SJES**