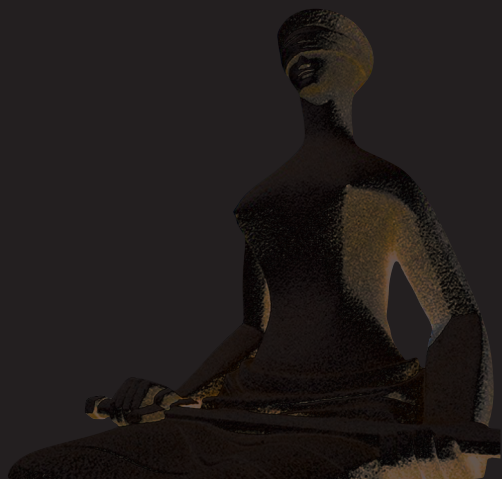


Geovany Jevaux
Ricarlos Almagro

ORGANIZADORES

TEORIAS DA JUSTIÇA

na prática



VOLUME 3

Alexandre de Castro Coura
Fernando Cesar Ferreira Petringaro
Geovany Cardoso Jevaux
Glenio Puziol Giuberti
Gustavo Antonio Pierazzo
Pedro Pessoa Temer
Rafael Calhau Bastos
Ramon Henrique Santos Fávero
Rauner Ailton Batista Pereira
Reichiele Vanessa Vervloet de Carvalho Malanchini
Rosana de Jesus Guilherme
Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha
Ronald Krüger Rodor
Tatiana Mascarenhas Kaminke
Verônica Ribeiro Saraiva



Justiça Federal
SJES

TEORIAS DA JUSTIÇA
NA PRÁTICA

- VOLUME 3 -

2022

314 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: 978-85-68228-04-3
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 3 -

Alexandre de Castro Coura
Fernando Cesar Ferreira Petrunaro
Geovany Cardoso Jevaux
Glenio Puziol Giuberti
Gustavo Antonio Pierazzo
Pedro Pessoa Temer
Rafael Calhau Bastos
Ramon Henrique Santos Fávero
Rauner Ailton Batista Pereira
Reichiele Vanessa Vervloet de Carvalho Malanchini
Rosana de Jesus Guilherme
Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha
Ronald Krüger Rodor
Tatiana Mascarenhas Karninke
Verônica Ribeiro Saraiva



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.^a Região

Desembargador Federal *Messod Azulay Neto*
Presidente

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

Desembargador Federal *Theophilo Antonio Miguel Filho*
Corregedor

Seção Judiciária do Espírito Santo

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

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

APRESENTAÇÃO

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

Apresentação6

Fundamentos para discutir a desobediência civil no contexto de vacinação contra o coronavírus

Alexandre de Castro Coura

Fernando Cesar Ferreira Petrungraro

Rafael Calhau Bastos.....12

Da constituição comunitária ao utilitarismo: os perigos de concepções axiológicas de princípio que superem a deontologia

Glenio Puziol Giuberti40

Alguns reflexos de “Uma Teoria da Justiça” de John Rawls no CPC/2015: as técnicas do processo subjetivamente adequado ao juridicamente vulnerável

Pedro Pessoa Temer66

As críticas de Otfried Höffe ao positivismo kelseniano

Ramon Henrique Santos Fávero90

As ações afirmativas no contexto brasileiro a partir da justiça distributiva

em Aristóteles <i>Rauner Ailton Batista Pereira</i>	104
As normas de conduta justa de F. Hayek e a função social do contrato <i>Reichiele Vanessa Vervloet de Carvalho Malanchini</i>	122
Reflexões fenomenológicas acerca dos fundamentos do Direito <i>Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha</i> <i>Gustavo Antonio Pierazzo</i>	138
Supremacia do interesse público e teorias utilitaristas de justiça <i>Ronald Krüger Rodor</i>	158
Direito e justiça em Kelsen: alguns reflexos no direito brasileiro <i>Rosana de Jesus Guilherme</i>	184
A teoria da justiça de John Rawls, ações afirmativas e o ativismo judicial por meio do Supremo Tribunal Federal <i>Tatiana Mascarenhas Karninke</i> <i>Geovany Cardoso Jevaux</i>	204
A teoria de justiça rawlsiana e as ações Afirmativas pela iniciativa priva- da <i>Verônica Ribeiro Saraiva</i>	228

Fundamentos para discutir a desobediência civil no contexto do programa de vacinação contra o coronavírus

Fernando Cesar Ferreira Petrunaro

Rafael Calhau Bastos

Alexandre de Castro Coura

1 INTRODUÇÃO

No atual contexto pandêmico que circunscreve o mundo, o Brasil se viu na urgente necessidade de endurecer a quarentena, motivado pelo elevado número de infectados, lotação hospitalar e o aparecimento da nova cepa do coronavírus, ainda mais agressiva. Além das medidas restritivas dos governos federal, municipal e estadual, tornou-se urgente a necessidade de agir rapidamente para ampliar as vagas nos hospitais e ofertar atendimentos ambulatoriais com o desígnio de enfrentar a crise.

Dentre as urgências, foram propostas a aceleração vacinal, medidas terapêuticas e diagnósticos. Nesse sentido, foi desencadeada uma acelerada corrida pelo desenvolvimento de uma vacina, tida como a única estratégia para atenuar as infecções e mortes e fundamental para a promoção e proteção da saúde da população, principalmente para os mais vulneráveis.

Provavelmente, o Brasil é o país com um dos programas nacionais de imunização mais completos e capilarizados do mundo. O Programa Nacional de Imunização, ao longo de décadas de existência, dispõe de experiências bem-sucedidas em campanhas no país e com reconhecimento internacional, sendo que, nos últimos anos, a confiança e a cobertura de vacinas reduziram para algumas enfermidades (MACDONALD, 2015).

As novas vacinas, em especial a de Covid-19, sem campanha de comunicação eficiente para a população, podem contribuir

para a desobediência de grupos partidários que defendem o não se vacinar. Por esse motivo, é fundamental que a comunicação busque estratégias para o enfrentamento aos grupos antivacina e às *fake news* que circulam nas redes sociais, evitando que a população hesite ser vacinada e garanta a adesão à vacinação (DOMINGUES, 2021).

Com o intuito de reverter políticas e promover alterações normativas, a desobediência civil trata-se da desobediência à lei, na credibilidade que esta seja imoral, injusta, ilegítima ou até mesmo perigosa. Aduz Monteiro (2020) que o princípio da desobediência civil utiliza a punição do Estado para que sua repercussão atinja a sociedade, o que reafirma seu caráter de manifestação pública.

A desobediência, diferentemente da resistência, não objetiva questionar todo o ordenamento ou arruinar o sistema, é uma maneira particular de resistência, na medida em que tem como imediatismo tornar pública a injustiça da lei e induzir o legislador a mudá-la (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998). Nesse viés, entende-se que a desobediência civil é uma reformulação do direito de resistência, a qual conferiu maleabilidade a esse direito, tornando-se um instrumento social de cidadania e de resistência à opressão (CALIXTO; CARVALHO, 2017).

O dever de obediência não está conectado unicamente à obrigação do cidadão, mas também do Estado, posto que a obediência se refere às leis e, de maneira ampla, ao Diploma Magno de 1988 que, no ápice do positivismo, determinou-a como norma hipotético-fundamental que norteia e valida todas e demais normas. Nesse entendimento, nota-se que o dever de obediência, em essência, refere-se ao dever de obediência à lei que comporta obrigações para o Estado e para o cidadão. Tal premissa se destacou quando, em 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, defende em seu artigo 33 que “toda pessoa tem o dever de obedecer à lei e os demais mandamentos legítimos das autoridades do país onde se encontra”.

A desobediência civil pode ser considerada um direito fundamental, por estar relacionada à concretização da cidadania. Nas palavras de Ronald Dworkin (2001), a desobediência civil envolve aqueles que não desafiam a autoridade de modo fundamental. É um tipo de desobediência que aceita a legitimidade basilar do governo

e da comunidade e age para confirmar que contestar é um dever como cidadãos. O povo é o legítimo detentor do poder, nesse viés, ao se ater à questão da desobediência civil de não se vacinar contra a Covid-19 problematiza-se: **em que medida a desobediência civil pode ser qualificada como um direito fundamental?**

Assim, intenta-se, no presente artigo, analisar a desobediência civil e a tênue linha que separa os direitos e deveres dos cidadãos, especialmente quanto à submissão à obrigatoriedade de vacinação quanto a Covid-19, traçando um paralelo entre a revolta da vacina e a obrigatoriedade de vacinação à luz da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2 OS MOVIMENTOS VACINA E ANTIVACINA NA PANDEMIA

A vacina é mundialmente conhecida como uma intervenção preventiva reconhecida pelo impacto na redução da morbimortalidade de doenças imunopreveníveis e uma importante ferramenta de saúde pública para prevenir doenças infecciosas.

A obrigatoriedade da vacinação suscita no Brasil e no mundo profundas discussões, diante da tensão entre direitos e deveres, liberdades e restrições, típicas de uma sociedade plural, em que a hermenêutica constitucional possui extrema relevância para a delimitação dos limites aos quais estão submetidos os indivíduos.

No Brasil, a discussão acerca da obrigatoriedade de vacinação remonta à chamada Revolta da Vacina, ocorrida em 1904, em que, dentre outros motivos de natureza política, questionou-se a legitimidade do Estado em compelir o indivíduo à submissão à vacinação obrigatória contra a varíola. Assim, iniciou-se uma campanha contrária à própria vacinação (CARVALHO, 2012).

2.1 O movimento vacina

A vacinação em massa se fundamenta na característica de imunidade de rebanho das vacinas, em que indivíduos imunes vacinados protegem indiretamente os não vacinados, podendo eliminar a circulação do agente infeccioso no ambiente e, conseqüentemente,

promover a proteção da coletividade e de indivíduos vulneráveis.

Na segunda metade do século XX, a legitimação científico-tecnológica contribuiu para normatizações sobre a vacinação em diversos países do mundo (BARBIERI; COUTO; AITH, 2017).

No Brasil, desde a criação do Programa Nacional de Imunização (PNI), instituído pela Lei no 6.259, de 30 de outubro de 1975¹, várias doenças foram erradicadas ou controladas, havendo também a redução da mortalidade infantil (MAGALHÃES *et al.*, 2021; BARBIERI; COUTO; AITH, 2017). O PNI é referência internacional pela sua abrangência e, pelo seu sucesso, é considerado o programa de saúde pública de maior efetividade e maior custo-benefício, com alta confiança da população (POSSAS *et al.*, 2020).

O Brasil é país pioneiro na incorporação de diversas vacinas no calendário do Sistema Único de Saúde (SUS) e é um dos poucos países do globo que ofertam de maneira universal um extenso e abrangente rol de imunobiológicos. O objetivo do PNI é coordenar as ações de imunizações que se caracterizavam, até então, pela descontinuidade, pelo caráter episódico e pela reduzida área de cobertura² (POSSAS *et al.*, 2020; CRUZ, 2017).

Continuamente, ano a ano, o PNI avançou para proporcionar melhor qualidade de vida, com a prevenção de doenças à população. De tal modo como ocorre nos países desenvolvidos, o Calendário Nacional de Vacinação do Brasil contempla crianças, adolescentes, adultos, idosos, gestantes e povos indígenas. Atualmente, são disponibilizadas na rotina de imunização dezanove vacinas para mais de vinte doenças, cuja proteção se inicia nos recém-nascidos, podendo se estender por toda a vida (POSSAS *et al.*, 2020).

De acordo com Oliveira *et al.* (2013), o êxito do PNI está associado à segurança e eficácia dos imunobiológicos e ao cumprimento das recomendações específicas de manipulação, conservação, administração, acompanhamento pós-vacinal, dentre outras. O objetivo do citado programa é frisar a importância da vacinação. Lecionam Fonseca *et al.* (2018, p. 2) que “[...] a vacinação constitui

1 É a lei que regulou as ações de vigilância epidemiológica, vacinação e notificação compulsória de doenças no país, dotando o Estado brasileiro de um marco legal de alta relevância no que se refere às vacinações obrigatórias no país (BARBIERI; COUTO; AITH, 2017).

2 O PNI contemplava então cinco vacinas: BCG, DTP (difteria, tétano, coqueluche), sarampo, poliomielite e antivariólica (POSSAS *et al.*, 2020).

uma das medidas mais eficientes na promoção da saúde pública e individual, evitando cerca de dois a três milhões de mortes anuais e conferindo proteção contra, pelo menos, 30 doenças infecciosas em nível global”. Nesse sentido, a vacinação pode prevenir muitas mortes em âmbito global com a imunização.

As notícias falsas disseminam informação pelas redes sociais com alta velocidade para grande número de pessoas, enquanto um desmentido ou a informação correta é disseminada entre poucos e em baixa velocidade. É necessário, portanto, combater esses movimentos negativistas e naturalistas com inteligência e com evidências científicas sobre os benefícios e mínimos riscos das vacinas, de forma persistente e contínua, buscando convencer os indecisos a tomarem a vacina (POSSAS *et al.*, 2020).

A opção de não se vacinar sem embasamento teórico ou científico sem credibilidade representa um risco à população, pois, entre os instrumentos de política de saúde pública, a vacina se destaca devido à quantidade de patologias que foram erradicadas com intensos movimentos vacinais que alteraram o rumo da saúde do país, para uma saúde que visa tratar a doença, instalada ou não.

2.2 Movimento antivacina na pandemia

A avassaladora pandemia de Covid-19, surgida em Wuhan, China, em fins de dezembro de 2019, em apenas seis meses, causou mais de 10 milhões de casos e 500.000 mortes em 216 países. Diante desse cenário exponencial, a expectativa global era por uma vacina contra o vírus SARS-CoV2, para conter a rápida escalada do contágio. A vacina passou a ser preeminente, sendo urgentes as questões associadas ao fortalecimento da capacidade nacional no desenvolvimento vacinal (HOMMA; POSSAS, 2020).

Em tempo recorde, as pesquisas conseguiram produzir e distribuir vacinas, como também outros insumos imperativos para o combate pandêmico. Em abril de 2020, houve a primeira cooperação global para o enfrentamento da Covid-19, com a criação do *The Access to COVID-19 Tools Accelerator*, com o intuito de incrementar a produção, desenvolvimento e acesso a tratamentos, testes e imunológicos. A colaboração foi supervisionada mundialmente e todas as pesquisas tinham o desígnio de obter uma vacina contra o

SARS-CoV2 (SILVA *et al.*, 2021).

Deveras que a pandemia colocou a vacina no centro do debate e como principal instrumento para que o cenário fosse superado. O senso de urgência, associado à cooperação acadêmica e massivos investimentos no combate ao vírus, ativou uma mobilização internacional, abrangendo várias instituições de pesquisa e desenvolvimento, governos de inúmeros países, instituições privadas e multilaterais, empresas multinacionais para desenvolver vacinas contra o vírus (NUNES, 2021; HOMMA; POSSAS, 2020).

Mesmo diante de tal perspectiva de urgência vacinal, a divulgação de *fake news* (notícias falsas), que minam a confiança das pessoas e causam danos irreparáveis à saúde coletiva, fortalece o movimento antivacina, que se alastra ganhando força no Brasil e no mundo (SILVA *et al.*, 2021). De maneira cada vez mais frequente e persuasiva, o movimento antivacina vem sendo fortalecido com as divulgações de informações sem base científica sobre os riscos das vacinas, fazendo com que muitos rejeitem o processo de imunização (DOMINGUES *et al.*, 2019).

Entende-se por movimento antivacina uma corrente de cunho popular que acredita que as vacinas não são seguras, afirmando que o correto é permitir que, naturalmente, os organismos se protejam. Contudo as questões que levam os indivíduos a não se vacinarem são complexas e incluem uma gama de crenças e preocupações individuais (DOMINGUES *et al.*, 2019; SHÄFER *et al.*, 2018). Levi (2013) cita que os movimentos antivacinas sempre existirão, uns baseados no contexto religioso, outros por base moral e filosófica ou, ainda, em doutrina antagônica à vacinação, negativistas e naturalistas.

Bezerra, Magno e Maia (2021) citam que o crescimento do movimento antivacina está relacionado ao resultado da associação entre o fenômeno da prática do autocuidado, limitado horário de funcionamento dos postos de vacinação e a dificuldade no transporte e armazenamento das vacinas, acrescentando, ainda, a desinformação e a hesitação vacinal.

Um conjunto de fatores, que inclui a desinformação, desperta o receio da imunização. Tal condição ameaça reverter o progresso no combate às doenças que podem ser evitadas com a aplicação de vacinas, principalmente nos países em desenvolvimento.

2.3 Infodemia e a “negação da vida”

Com as evidências estabelecidas em dezembro de 2019, na China, cientistas levaram duas semanas para realizar o sequenciamento genético do vírus Sars-CoV2 identificado em pessoas infectadas e, em menos de um ano, já existiam vacinas eficazes contra a infecção do patógeno. Contudo o expressivo avanço científico atinado na compreensão do novo coronavírus não evitou o fracasso nas estratégias de nações, como Brasil, Índia e Estados Unidos, no enfrentamento do vírus, podendo confirmar pelo expressivo volume de pessoas infectadas, casos graves em Unidades de Terapia Intensiva e mortes que poderiam ser evitadas nesses países (FREIRE *et al.*, 2021).

Para além das equivocadas políticas de saúde pública, como a imunidade de rebanho e a credibilidade em medicamentos sem evidência científica, esse resultado se deve à exacerbada valorização de curas milagrosas, teorias conspiratórias, notícias espetaculosas e da sedição contra imunizantes, em detrimento de medidas sanitárias simples e comprovadamente eficazes, como o uso de máscaras, higienização das mãos, distanciamento social e a aquisição de imunizantes em tempo hábil e oportuno (FREIRE *et al.*, 2021).

Tais contradições levaram significativa parte da população a uma dissonância cognitiva, motivada pelo exponencial volume de conteúdos acessados na internet sobre a pandemia (FREIRE *et al.*, 2021). A difusão de informações falsas tem sido considerada uma pandemia paralela, denominada infodemia, que contribui decisivamente para uma maior dispersão do vírus (SILVA *et al.*, 2021). A Organização Mundial de Saúde (OMS) passou a empregar o termo “infodemia” para definir o excesso de informações, algumas precisas, outras não, que podem se multiplicar exponencial e rapidamente devido a um evento específico, como a pandemia de Covid-19. A infodemia potencializa informações que dificultam identificar fontes idôneas e orientações confiáveis quando se precisa (OPAS, 2020; ZAROCOSTAS, 2020).

Ao clamar pela vacina contra o vírus da Covid-19, também se contextualiza um paradoxo: a infodemia que cerca a doença e a hesitação vacinal que reflete a tensão entre o risco validado e o

percebido de modo subjetivo, reforçado pela crise de confiança na ciência. As percepções de risco e adesão pela vacina extrapolam questões racionais, podendo ser atreladas a crenças e valores conformados por dimensões política, econômica e sociocultural, caracterizando uma verdadeira negação da vida (BEZERRA; MAGNO; MAIA, 2021).

No contexto infodêmico, o alastramento de *fake news* ou notícias fantasiosas pode gerar um viés de informação que leva os indivíduos a buscarem informações que confirmem suas próprias crenças. No Brasil, leva-se em consideração a polarização do discurso sobre a Covid-19, com a notável produção em larga escala de notícias falsas, de maneira deliberada, intencional ou criminoso, com o intuito de manipular, enganar, negar a realidade por razões econômicas, políticas e ideológicas. Condição essa que se agrava, sobremaneira, a partir do momento que governantes de vários países espalham notícias sem fonte confiável e orientam o uso de medicações sem eficácia comprovada cientificamente para o tratamento da infecção (RÔMANI, 2020).

Nota-se que, apenas no mês de março de 2020, ao declarar oficialmente a emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, “[...] foi computado a publicação de 361 milhões de vídeos, 19.200 artigos e 550 milhões de tuítes com os descritores ‘coronavírus’, ‘covid19’, ‘covid-19’ ou ‘covid_19’” (FREIRE *et al.*, 2021, p. 4066). Na condição de pandemia, a desinformação ou a informação falsa ou imprecisa pode afetar seriamente todos os aspectos da vida e a saúde mental das pessoas, pois a busca por informações sobre o vírus causador da Covid-19 na internet apresentou um aumento de 50% a 70% em todas as gerações (OPAS, 2020).

Em diapasão, existe outro aspecto que acaba fortalecendo os ideais negativistas contra a vacina, que é a complexidade e o sucesso do PNI, condição essa que vem causando uma dificuldade para a manutenção das coberturas vacinais adequadas. Explica-se que à medida que as pessoas não convivem mais com as mortes e incapacidades causadas pelas doenças imunopreveníveis, elas tendem a não mais perceber o risco que essas doenças representam para a sua própria saúde, seus familiares e comunidade (DOMINGUES *et al.*, 2019).

Nesse cenário, surge o receio dos eventos adversos e a circu-

lação de notícias falsas sobre os imunobiológicos, que se sobrepõem ao conhecimento sobre a seriedade e os benefícios das vacinas, levando uma parcela da população a desobedecer às diretrizes da ciência sobre a vacinação.

3 DESOBEDIÊNCIA CIVIL E O DIREITO DE RESISTÊNCIA

A desobediência civil surgiu do desenvolvimento do conceito do direito de resistência. É um desdobramento do direito de resistência, sendo identificado por estudiosos na formação do Estado Moderno, no século XIX (FABRIZ; SILVA, 2018). A resistência exige a expressão da vontade da maioria como seu quesito principal. Tendo como desígnio garantir juridicamente a cidadania, o ato de resistir suscitava uma gama de dificuldades para ser efetivada, uma vez que os pequenos grupos não podiam manifestar suas reivindicações, nem mesmo requerer que seus direitos fossem reconhecidos constitucionalmente (BERGER; PEDRA, 2018). Não é considerado um ato violento. A desobediência civil objetiva mobilizar a opinião pública, na perspectiva de mostrar, “[...] a uma maioria desatenta, a princípio insensível, o caráter geral e não particularista dos problemas que levantam” (REPOLÊS, 2003, p. 19).

No entendimento de Hannah Arendt, a desobediência civil está relacionada ao ensejo de imprimir uma alteração no corpo político ou evitar que isso aconteça, possuindo, assim, um caráter renovador e conservador. Condição essa que favorece que cada indivíduo renuncie os seus interesses, abrindo-se ao estabelecimento de uma dimensão subjetiva do poder comum e da ação da liberdade, aduz Seixas (2019). A desobediência civil requer civilidade, por sua vez, esta requer o uso de métodos que não forcem ou oprimam diretamente outros membros da sociedade; ou seja, as razões morais não justificam a desobediência civil, havendo necessidade dessa desobediência ter como base a concepção política de justiça (BERGER; PEDRA, 2018).

O desenvolvimento teórico do direito de resistência surgiu no século XIII nas obras de Tomás de Aquino, e esse foi o início dos primeiros apontamentos da desobediência civil. No final do século

XVII, Thomas Jefferson aprimorou o tema e afirmou que cabia ao povo o direito de abolir os governos que representassem o despotismo absoluto (BERGER; PEDRA, 2018).

O direito de resistência surge como um instrumento político que proporciona o aperfeiçoamento estatal, visto que não rompe por completo com as instituições, mas oferece condições para que sejam escolhidos novos representantes e que mudanças aconteçam no processo legiferante e em relação ao sufrágio. Seria um excepcional método de restauração da ordem política, que deveria ser utilizado quando se esgotassem os meios legais e os processos institucionais insatisfatórios (FORTES, 2017).

No século XIX, o americano Henry David Thoreau escreveu o “Ensaio à Desobediência Civil”, avançando na questão do negacionismo, em determinadas situações, do dever de obedecer às leis. O ensaio relatava o episódio em que o autor se viu preso por não pagar impostos, sob alegação de que, se o fizesse, contribuiria para um Estado escravocrata que invadiria o México em uma injusta guerra (BERGER; PEDRA, 2018).

Thoreau alegava ser contra o regime escravocrata e as guerras que tivessem fins imorais. Ele acreditava que a atitude do governo dos Estados Unidos era imoral e contrária aos princípios da liberdade dos indivíduos que estavam submetidos às leis e às políticas utilizadas por esse governo. Nessas condições, o indivíduo teria o direito e o dever de desobedecer à lei ou à política governamental que contrariassem os citados princípios, como uma maneira de provocar mudança na lógica da política adotada pelo governo (REPO-LÊS, 2003).

O idealismo de Thoreau favoreceu e serviu de base para a luta indiana conduzida por Mahatma Gandhi contra o colonialismo britânico. Também forneceu os princípios basilares para as campanhas dos direitos civis norte-americanos, liderados por Martin Luther King (BERGER; PEDRA, 2018), respeitado em todo o mundo. Luther King foi o líder da resistência civil negra contra o racismo norte-americano, exercendo o direito de desobediência civil também de modo pacífico, por ser uma forma viável de oposição e resistência à insurreição e à violência (NASCIMENTO, 2019).

Luther King conduziu uma campanha de desobediência contra as leis Jim Crow, que perpetuavam contra a sua raça, um sé-

culo depois do fim da Guerra Civil, as marcas da escravidão. Esse movimento de direitos civis fluiu e uniu-se a uma grande corrente de protestos contra o envolvimento dos americanos no Vietnã. A guerra originou alguns dos capítulos mais violentos da desobediência civil na história norte-americana e significativa parte da literatura filosófica mais interessante acerca do tema (DWORKIN, 2001). No Brasil, a resistência se apresentou quando o país passou pela redemocratização política e jurídica. As lideranças sindicais foram chave mestra para efetivar a desobediência civil (BERGER; PEDRA, 2018).

A desobediência é um fenômeno que transcende a particularidade da lei, por ter em vista princípios que a fundamentam. Nesse sentido, a ação de desobedecer tem a lei por objeto, mas concerne àquilo que a antecede e que está em sua origem: os princípios que agitam o corpo político e o sistema de normas jurídicas que o organiza. Sendo assim, a desobediência se identifica enquanto uma ação extralegal, mas não tem como objetivo romper com a legalidade (SEIXAS, 2019).

Dworkin (2001) menciona que a desobediência se refere a tudo aquilo que não desafia a autoridade de maneira tão fundamental. Os desobedientes civis não veem a si mesmos, nem pedem aos demais que os vejam dessa forma, como pessoas que buscam por algum rompimento ou reorganização constitucional básica. É aceita a legitimidade fundamental do governo e da comunidade, tomam atitude para confirmar que contestar é o seu dever como cidadãos.

Trata-se a desobediência civil de uma evidência “[...] da tensão entre legalidade e legitimidade no Direito” (ABREU; COURA, 2020, p. 178), a qual adiante será abordada.

4 DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A TENSÃO ENTRE DIREITOS E DEVERES, LEGALIDADE E LEGITIMIDADE

A sociedade se fundamenta na solidariedade, sendo assim, os cidadãos devem ser solidários até porque, além da atuação do Estado, é necessário a existência de determinados comportamentos, positivos ou não, para a proteção dos direitos fundamentais e agir em compromisso com a efetiva participação política. O dever fun-

damental é um quesito jurídico-constitucional fundado na solidariedade, que exige condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com o objetivo de promover direitos fundamentais. (BERGER; PEDRA, 2018).

Acatados como temáticas afetas à maioria das ordens constitucionais ocidentais, os direitos e deveres fundamentais apresentam conceitos, categorias, classificações e exceções bem aclarados, mesmo quando há uma aproximação distinta entre eles. Os deveres fundamentais, mesmo sendo tema de relevância na efetivação dos objetivos e princípios de tais ordens, são relegados comumente a um papel de menor importância. De modo geral, quando se abordam os deveres fundamentais, está se referindo às obrigações governamentais, deixando de lado os deveres individuais ou da sociedade, ou seja, os deveres de particulares (GONÇALVES; FABRIZ, 2013).

Os direitos fundamentais se distinguem dos deveres fundamentais. Os direitos são as normas que tutelam pretensões dos indivíduos com o objetivo de compensar sua proteção quando ocorrerem abusos por parte do Estado ou de outros particulares. Os deveres fundamentais são imprescindíveis para a conduta e impõem a cada indivíduo obrigações de fazer, não fazer e tolerar, com o propósito de consentir a melhor coesão social possível (HIRSCH, 2020).

Num certo sentido, os deveres fundamentais são deveres para com a comunidade, ou seja, estão voltados para a realização de valores assumidos pelo coletivo de modo organizado em estado como valores seus. Entende-se que os deveres fundamentais são expressão da estadualidade em seu mais alto nível (HIRSCH, 2020).

A Carta Magna de 1988 teve um cuidado especial em assegurar os direitos fundamentais, mesmo porque são prerrogativas das pessoas, necessárias para assegurar uma vida digna. Do ponto de vista formal, os direitos fundamentais constituem as matrizes dos demais, dando-lhes fundamento e, sem eles, não se pode exercer muitos outros: “[...] eles devem ser garantidos pela Constituição que origina e valida todas as demais leis que criam ou garantem os demais direitos” (PEDRA, 2013, p. 283).

Os deveres fundamentais estão diretamente ligados “[...] à necessidade de os homens – seres gregários por natureza – viverem em comunidade, a qual exige a contribuição de todos para que os

objetivos comuns sejam alcançados” (PEDRA, 2013, p. 286). Os deveres fundamentais devem ser compreendidos não como um contraponto ou mitigado de direitos, mas como um promotor destes.

Preceitua Nabais (2009) que os deveres fundamentais formalizam uma categoria jurídico-constitucional própria, inserida ao lado e correlativa à dos direitos fundamentais; uma categoria que, como corretivo de liberdade, refere-se à mobilização do homem e do cidadão para a realização dos objetivos em prol do bem comum.

A Constituição Federal estabelece a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, em seu art. 1º, inciso III, construindo um verdadeiro valor que fundamenta todos os direitos fundamentais (BRASIL, 1988).

Daniel Sarmento (2016, p. 92, grifos do autor) aponta os seguintes componentes do princípio da dignidade da pessoa humana:

Dessa compreensão, emergem, *prima facie*, os seguintes componentes do princípio da dignidade da pessoa humana: o *valor intrínseco da pessoa*, que veda a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou de metas coletivas; a *igualdade*, que implica a rejeição das hierarquias sociais e culturais e impõe que se busque a sua superação concreta; a *autonomia*, tanto na sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, como na pública, relacionada à democracia; o *mínimo existencial*, que envolve a garantia das condições materiais indispensáveis para a vida digna; e o *reconhecimento*, que se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas.

Além disso, a Carta Magna de 1988 estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em seu artigo 3º, *in verbis*:

I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Tendo como base os citados princípios fundamentais, o di-

reito de desobedecer converte-se em um dever de todo e qualquer cidadão, quando há desrespeito a tais princípios, devendo o cidadão opor-se às leis injustas, em especial, quando há corrupção sistêmica do governo. O cidadão, pertencente a uma dada sociedade, tem o dever de exigir dos poderes constituídos a busca pelo cumprimento do artigo 3º do Diploma Magno e o respeito aos princípios fundamentais que dão sustentação ao complexo de direitos fundamentais reconhecidos, explícita ou implicitamente.

A permanente tensão entre legalidade e legitimidade no Direito perpassa a concepção de que a democracia representativa não garante a legitimidade popular nas decisões políticas posteriores às eleições, pois não há garantias de que os representantes eleitos se mantenham fiéis às propostas apresentadas ao povo durante o processo eleitoral (FERRAJOLI, 2011, p. 165-166).

Entre os direitos e garantias fundamentais implícitos na ordem constitucional, identifica-se a desobediência civil, que decorre do regime republicano e dos princípios constitucionais fundamentais, sobretudo pelos princípios da cidadania e da soberania popular. A desobediência representa uma intervenção de cunho popular no exercício da autoridade pública, com isso, esclarece a efetividade do princípio da cidadania. Sendo assim, tal instrumento é garantia – direito/garantia – que detém caráter assecuratório e executa papel instrumental em relação aos direitos fundamentais.

Repolês (2003) aduz que o princípio da soberania popular é reafirmado pela desobediência civil, denotando que esta denuncia o fracasso da influência da sociedade civil sobre a sociedade política através dos meios ordinários.

A desobediência civil se tornou um dos instrumentos utilizados pela sociedade para limitar a ação estatal, com o intuito de aperfeiçoar o processo social, mas não visa esfacelar o poder político. É um compromisso moral, um ato que preconiza a negação da eficácia a determinada lei ou decisão que se mostram prejudiciais aos cidadãos e aos grupos (BERGER; PEDRA, 2018). A desobediência civil que se defende não é violenta, não pode ser individualista e deve fundamentar-se constitucionalmente; deve ter como base os princípios essenciais que norteiam a ordem constitucional em vigor, tais como cidadania, dignidade da pessoa humana, liberdade e democracia.

A desobediência só será exercida se houver um ato ou lei que, sendo injusto ou opressor, descumpra direitos fundamentais da sociedade ou mesmo do Estado, quando tal descumprimento puser em risco o próprio ordenamento jurídico, ou a estrutura constitucional vigente, através de desrespeito aos princípios constitucionalmente assegurados. Ou seja, “[...] o desobediente civil não age ilegalmente porque age conforme a constituição” (REPOLÊS, 2003, p. 134).

O citado instrumento pode ser classificado como um direito fundamental, por estar relacionado diretamente à concretização da cidadania. Justifica-se que a desobediência tem como base a ideia de que a cidadania requer instrumentalização ampla e efetiva (NASCI-MENTO, 2019). Nesse sentido, seu exercício não se exime de direitos e garantias expressamente elucidados na Constituição Federal de 1988.

Menciona-se a classificação da desobediência civil como um direito fundamental, ao citar o dispositivo do artigo 1º, parágrafo único, da Carta Magna de 1988: “Todo poder emana do povo”. Assim, defende-se a ideia de que o cidadão detém a soberania popular, portanto, o poder de elaborar lei e de participar da tomada de decisão a respeito de seu próprio destino. Dessa forma, pertinente à concepção de Rousseau, lembrado como defensor radical da soberania popular, para o qual a representação seria uma fraude. Para o filósofo, a soberania do povo não poderia ser representada, sendo nula qualquer lei que o povo não tivesse ratificado, a qual geraria ao povo a falsa impressão de liberdade, que se limitaria à escolha dos membros do parlamento. Para Rousseau, o sistema representativo tornava o povo escravo das escolhas de seus representantes (BENEVIDES, 2003).

No que tange ao direito ou dever de se vacinar, preceitua o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. A Constituição Cidadã consolidou com cláusulas pétreas direitos e garantias fundamentais, entre eles, o direito à liberdade, resguardado como irrestrito.

Notoriamente, a Carta Magna garante um Estado Democrático Social e de Direito. A terminologia “social” conduz uma atuação positiva por parte do Estado, exigindo que seja ofertado aos

cidadãos o básico para viver com dignidade, como saúde, educação, saneamento básico entre outros. Nesse rol, equivale a proteção conferida ao direito à liberdade e à saúde.

O cidadão, ante o dispositivo constitucional supracitado, o artigo 5º, tem o propósito de deixar de cumprir a lei ou desobedecer a qualquer ato de autoridade, ao estar se referindo a um ato que se revele conflitante à ordem constitucional, direitos ou garantias, asseverados pela Constituição Federal. Mas atenta-se que o engajamento em atos de desobediência civil não tem apoio do exercício regular de um “direito legal” nem mesmo a autoridade do “certo” e do “justo” sucedida da moralidade. Infere-se, assim, um grave problema, cujas consequências extrapolam a questão individual de quem escolhe por não se vacinar, passando a constituir um quesito de amplitude pública.

Fomenta-se que o direito fundamental à desobediência civil é compreendido como uma participação direta do cidadão e/ou grupos de cidadãos no exercício do poder pelo Estado; ademais, o dever fundamental é um complemento dos direitos fundamentais regulados pelo Diploma Magno de 1988. **O foco do dever está na viabilização dos direitos subjetivos individuais e até coletivos, não na perspectiva egoísta, de exclusiva proteção do indivíduo e prejuízo ou custo a ser suportado pela coletividade em geral** (HIRSCH, 2020).

Ao seguir um idealismo individualista, a desobediência civil é uma ilícita força política. E, ao desafiar as regras do jogo, não escapa da soberania democrática e acaba aceitando desafio proposto por si mesma, ainda que lhe seja contrário, por mais que volte a contestar futuramente. O limite está elencado nas regras de uma ordem jurídica que, no caso do Brasil, é a autoridade inflexível das cláusulas pétreas previstas na Carta Magna de 1988.

5 VACINAS E DESOBEDIÊNCIA CIVIL: DA REVOLTA DA VACINA À PANDEMIA COVID-19.

No Brasil, a obrigatoriedade da vacinação se mostrou tormentosa no passado, em razão de uma seqüência de fatos que culminaram na chamada Revolta da Vacina, em 1904.

À época, em meio a epidemias de febre amarela e peste

bubônica, enfrentavam-se as doenças através de ações de extinção de mosquitos, de isolamento de doentes em hospitais, de exterminação de ratos, dentre outras medidas que eram executadas por brigadas sanitárias, compostas por agentes de saúde e militares. Os principais alvos das visitas sanitárias eram as áreas mais pobres e de maior densidade demográfica, sendo certo que muitas habitações coletivas eram interditas (CARVALHO, 2012).

Uma norma de postura municipal do Rio de Janeiro havia tornado a vacinação contra varíola obrigatória desde o ano de 1837, o que foi estendido a todo Império em 1884 e ratificado na República em 1889 (CARVALHO, 2012). Entretanto essas leis não se mostraram eficazes, razão pela qual restou estabelecida a obrigatoriedade de vacinação contra a varíola em 1904, em meio a um forte movimento de oposição ao Governo de Rodrigues Alves, que culminou em uma campanha contrária à própria vacinação (CARVALHO, 2012).

A Revolta da Vacina constituiu um relevante marco de defesa da cidadania no Brasil, ao se opor a arbitrariedades perpetradas pelo Estado em face do cidadão, não se tratando de uma “[...] mera manifestação de rebeldia gratuita da turba ignara, facilmente manipulada por aqueles que pretendiam ver abaixo o governo, tampouco uma rebelião insana contra os evidentes benefícios que poderiam advir da vacinação” (PAULA, 2016, p. 169).

Sevcenko (2010) aduz que o Governo, em 1904, afirmava que a vacinação era de inegável e imprescindível interesse para a saúde pública, ante a epidemia de varíola. De outro lado, a oposição questionava os métodos truculentos de execução da lei, sendo a vacina pouco confiável e aplicada por agentes públicos com “instintos brutais e moralidade discutível”.

Na Revolta de 1904, estava em jogo não só o livre exercício das liberdades individuais de opção por submeter-se a tratamento com o imunizante, mas também a defesa do indivíduo contra o arbítrio do Estado que, para levar a obrigatoriedade de vacinação a efeito, previa a violação dos domicílios e a vacinação forçada, ou seja, contra a vontade das pessoas. Além disso, a regulamentação da lei exigia comprovantes de vacinação para a realização de matrículas nas escolas, previa a demissão sumária de quem não se vacinasse, além de outras restrições ao direito de cidadania, contra os quais os

insurgentes se revoltaram (CALHAU; PEDRA, 2021).

O movimento desencadeado após confrontos sangrentos culminou com a revogação da lei que previa a obrigatoriedade da vacinação, sei dias após sua entrada em vigor (SEVCENKO, 2010).

As sociedades evoluem com o tempo, assim como a ciência. Em 1904, as vacinas contra a varíola eram criadas a partir de pústulas de vacas doentes e geravam no cidadão o receio de que não seriam eficazes, ou até mesmo de que ficariam com feições bovinas (FIOCRUZ, 2005).

Hodiernamente, com o avanço da ciência, as vacinas se mostram eficazes e seguras, sendo implementadas após exaustivos testes e aprovação pelos mais variados órgãos sanitários no Brasil e no mundo. Entretanto, em uma sociedade plural e complexa, novas questões relativas à obrigatoriedade de vacinação surgem, trazendo à baila a tensão entre legalidade e legitimidade de sua exigência e, conseqüentemente, como abordado neste artigo, quanto à possibilidade do exercício do direito fundamental de desobediência civil.

Em 2020, por outro lado, as dúvidas acerca da constitucionalidade do estabelecimento da vacinação obrigatória foram dirimidas pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.586 e 6.587, que conferiram interpretação conforme ao art. 3º, inciso III, “d” da Lei nº 13.979/2020, que estabelece medidas de enfrentamento à pandemia de Covid-19, com a seguinte tese de julgamento:

(I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência. (BRASIL, 2020).

Fundamentos para discutir a desobediência civil no contexto do programa de vacinação contra o coronavírus

A Corte Constitucional reconheceu a possibilidade de se considerar a vacinação contra Covid-19 obrigatória, entretanto estabeleceu as condições que devem concorrer para que essa possibilidade se mostre legítima e constitucional, sobretudo face à necessidade de respeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, com respeito à integridade física, psíquica e moral da pessoa. Ou seja, qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após serem prestadas à pessoa as informações adequadas relativas a suas consequências e riscos e dela obtido o livre consentimento (BRASIL, 2020).

Assim, a Corte Constitucional, após estabelecer a possibilidade de tornar obrigatória a vacinação relativa à vacina contra a Covid-19, relega ao Poder Legislativo a discussão acerca da imposição de medidas restritivas àqueles que se recusarem à vacina. Isso porque as consequências da não submissão à vacinação obrigatória somente podem ocorrer de forma indireta, com a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência a determinados lugares, **desde que previsto em lei** (BRASIL, 2020).

Empresas privadas, órgãos e Instituições Públicas, que não os entes federativos legitimados pelo Supremo Tribunal Federal a tornar a vacinação obrigatória, têm adotado medidas indiretas contra aqueles que recusaram a imunização, mediante a exigência de um passaporte vacinal, que serve de instrumento para a restrição do exercício de direitos fundamentais, como a educação, o trabalho, a liberdade de ir e vir, dentre outros. Nesse particular, exsurge novamente a discussão sobre a desobediência civil, pois o desobediente chama atenção para a “[...] crise de legitimidade gerada pela falta de conexão entre as decisões do círculo oficial de poder e as do poder comunicativo” (REPOLÊS, 2003, p. 132).

A ausência de discussão na seara apropriada, qual seja, o Poder Legislativo, conforme estabelecido pela Constituição Federal e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, retira do cidadão o sentimento de coautoria no processo de formação de vontade e de decisão política que, segundo Repolês (2003, p. 142), justifica o exercício da desobediência civil como “[...] uma das formas desse participantes darem esse passo decisivo à implantação do sistema de direitos na medida em que o direito político à desobediência civil é pedra de toque do Estado Democrático de Direito.”

6 CONCLUSÃO

A situação emergencial de saúde pública global ocasionada pela virulência da Covid-19 corroborou a evolução da capacidade humana de compreender como conceituar e reagir a uma pandemia, buscando as melhores evidências para a tomada de decisões. A imunização vacinal em massa é uma prática de saúde pública que formaliza a complexidade, ao considerar seus benefícios e propriedades para a coletividade e os conflitos possíveis provenientes de sistemas normativos, sejam eles de base moral, cultural ou legal.

A desinformação tem o poder de fortalecer a desobediência direcionada à negação contra a vacina. É uma conduta que pode ser ainda mais danosa ao ser emitida por agentes públicos, devido a sua influência na sociedade, visto que chancelam a hesitação vacinal, que garante proteção contra o coronavírus causador de muitas mortes, atuando na negação da própria vida.

A pandemia ensejou uma transformação de mentalidade que vem causando reflexos importantes para a seara jurídica. A dicotomia entre direitos e deveres fundamentais nunca se revelou tão atualizada e passível de estudos e reflexões.

Para existir um direito, não é necessário estar codificado. Existem direitos com um nível de superioridade natural que não precisam de codificação. Um desses direitos é a desobediência civil, que precede qualquer escrita e é acatada como um direito fundamental, como o direito à vida, à liberdade ou à dignidade. A desobediência civil é um direito relacionado a princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito. Assim, os Estados que se cognominem nestes termos acabam admitindo a desobediência civil em nome de bens maiores, como a vida e a liberdade.

Explica-se que o Estado Democrático de Direito se abriga no princípio da soberania popular, fato que condiciona a condição de o poder político pertencer ao povo, e este poder nas mãos do povo dá às pessoas o direito de interferir diretamente nos rumos políticos na perspectiva de efetivar a justiça, sempre em busca de leis justas e contra atos opressivos e que possam sucumbir a ordem em sociedade.

A vacinação, na condição em que o mundo se encontra, re-

vela-se como dever constitucional decorrente do direito fundamental à saúde, cabendo ao Estado tal responsabilidade. Chega-se à conclusão que, mesmo que o cidadão desobedeça civilmente ao não ser vacinando, ele e todos os outros são titulares do direito à saúde, que o Estado deve respeitar, proteger e promover.

É de direito que o indivíduo tenha uma situação de saúde pública adequada e, por esse direito, cada um tem o dever de ser vacinado, mesmo que tal conduta se constitua uma limitação à dimensão negativa do direito à saúde.

Não se ignora que, ao impor limites a uma dimensão de um direito, limita-se o próprio direito. E, caso essa limitação seja necessária, com o objetivo de garantir a outra dimensão desse mesmo direito, ela seria um tipo de limitação inevitável. Nesse caso, não se trata de uma limitação inadequada e sim necessária, ainda mais na condição de pandemia, sem a qual o direito à saúde não é efetivado.

A ausência de discussão política na seara apropriada retira do cidadão o sentimento de coautoria no processo de formação de vontade e de decisão política, que justifica o exercício da desobediência civil como forma de participação na implantação do sistema de direitos, sendo a desobediência civil uma característica do próprio Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABREU, Arthur Emanuel Leal; COURA, Alexandre de Castro. A Armada de Dumbledore: a desobediência civil em “Harry Potter e a Ordem da Fênix”. *ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 177-198, jun. 2020. ISSN 2446-8088. Disponível em: <https://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/595>. Acesso em: 11 dez. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.21119/anamps.61.177-198>.

BARBIERI, Carolina Luisa Alves; COUTO, Márcia Thereza; AITH, Fernando Mussa Abujamra. A (não) vacinação infantil entre a cultura e a lei: os significados atribuídos por casais de camadas médias de São Paulo, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 2, e00173315, 2017.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa: Referendo, plebiscito e iniciativa popular*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 2003.

BERGER, Rosa Elena Krause; PEDRA, Adriano Sant'Ana. O dever fundamental de desobedecer diante de um governo corrupto e opressivo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos (RBEP)*, Belo Horizonte, 2018, p.11-62.

BEZERRA, Josenildo Soares; MAGNO, Madja Elayne da Silva Penna; MAIA, Carolina Toscano. Desinformação, antivacina e políticas de morte: o mito (d)e virar jacaré. *Revista Mídia e Cotidiano*, Rio Grande do Norte, v. 15, n. 3, set./dez., 2021, p.6-23.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luiz Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações diretas de inconstitucionalidade. Vacinação compulsória contra a covid-19 prevista na lei 13.979/2020*. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=755517337>. Acesso em: 11 dez. 2021.

CALHAU, Rafael C. Bastos; PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Vacinação obrigatória (Covid-19): A autonomia como componente fundamental da Dignidade da Pessoa Humana versus o Dever Fundamental de preservação da saúde coletiva*. 2021, no prelo.

CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciana Coimbra. O direito social à desobediência civil: uma análise a partir da Teoria de Ronald Dworkin. *Revista Jurídica Direito & Paz*, São Paulo, Ano IX, n. 36, p. 62-82, 2017.

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados*. O Rio de Janeiro e a

República que não foi. São Paulo: Cia das Letras, 2012.

CRUZ, Adriana. A queda da imunização no Brasil. *Revista Conensus*, Rio de Janeiro, v.1, p.20-19, 2017.

DOMINGUES, Carla Magda Allan Santos. Desafios para a realização da campanha de vacinação contra a COVID-19 no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 1. e00344620, 2021.

DOMINGUES, Carla Magda Allan Santos *et al.* Vacina Brasil e estratégias de formação e desenvolvimento em imunizações. I Editorial. *Epidemiologia Serviço e Saúde*, Brasília, v. 28, n. 2, e20190223, 2019.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FABRIZ, Daury Cesar; SILVA, Heleno Florindo da. Os deveres fundamentais e a desobediência civil em democracias de baixíssima intensidade – aproximações e distanciamentos a partir da legitimidade de um governo. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 3298-3319, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris II: Teoria del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011. ISSN 0124-2067.v. 18. *E-book*.

FIOCRUZ. *A revolta da vacina*. 2005. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/revolta-da-vacina-2>. Acesso em: 11 dez. 2021.

FREIRE, Neyson Pinheiro et al. A infodemia transcende a pandemia. *Ciências e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 9, p. 4065-406, set., 2021.

FONSECA, Margarida Silva *et al.* Recusa da vacinação em área urbana do norte de Portugal. *Scientia Medica*, Portugal, v. 28, n. 4, 2018, p. 1-8.

FORTES, Gabriella Corbella Neves. *O direito de resistência e a de-*

sobediência civil no pensamento político-jurídico moderno. 2017. Disponível em: http://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2017/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Gabriella%20Fortes.pdf. Acesso em: 5 nov. 2021.

GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; FABRIZ, Daury César. Dever fundamental: a construção de um conceito. In: DE MARCO, Cristhian Magnus; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; STEINMETZ, Wilson (orgs.). *Teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha*: Tomo I. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013. p. 87-96.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. O dever fundamental de fraternidade e a pandemia. In: BAHIA, Saulo José Casali (org.). *Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus*. São Paulo: Editora Iasp, 2020. p. 82-104.

HOMMA, Akira; POSSAS, Cristina. Desenvolvimento e produção da vacina SARS-CoV2. Notas Complementares. In: HOMMA, Akira et al. (orgs.). *Vacinas e vacinação no Brasil: horizontes para os próximos 20 anos*. Rio de Janeiro: Edições Livres, 2020. p. 201-204.

LEVI, Guido Carlos. *Recusa das vacinas: causas e consequências*. São Paulo: Segmento Farma, 2013.

MACDONALD, Noni E. Vaccine hesitancy: definition, scope and determinants, *Vaccine*, v. 33, n. 34, 2015, p. 4161-4164.

MAGALHÃES, Cristiane Rosa et al. Pesquisa sobre o movimento antivacina, realizada nos projetos de extensão do técnico de enfermagem do CEFET-RJ, durante a pandemia. *Revista Expressa Expressão*, Rio Grande do Sul, v.26, n.1, 2021, p.400-410.

MONTEIRO, Maria Teresa Magalhães. Desobediência civil: uma linha tênue entre as liberdades públicas e o anarquismo social. *Conteúdo Jurídico*, 2020. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55971/desobedincia-civil-uma-linha-tenu-entre-as-liberdades-pblicas-e-o-anarquismo-social>. Acesso em: 1 de out. 2021.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2009.

NASCIMENTO, Elicio. *O direito de resistência e desobediência civil como instrumento da cidadania*. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71535/o-direito-de-resistencia-e-desobediencia-civil-como-instrumento-da-cidadania/5>. Acesso em: 12 nov. 2021.

NUNES, Letícia. *Vacinas: história, lições recentes e atual cobertura no Brasil*. Nota Técnica, Instituto de Estudos para Políticas de Saúde (IEPS), São Paulo, n. 16, p. 1-7, 2021.

OLIVEIRA, Valéria Conceição de *et al.* Supervisão de enfermagem na sala de vacina: a percepção do enfermeiro. *Revista Texto e Contexto de Enfermagem*, Florianópolis, v. 22, n. 4, p. 1015-1021, out./dez., 2013.

OPAS - ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Entenda a infodemia e a desinformação na luta contra a COVID-19*. Kit de Ferramentas de Informação Digital. Ferramentas de Conhecimento. 2020. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52054/Factsheet-Infodemic_por.pdf?sequence=16. Acesso em: 10 nov. 2021.

PAULA, Rodrigo Francisco de. *Estado de emergência na saúde pública e intervenção estatal na vida privada: para além da invasão e da revolta*. 2016. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2016. Disponível em: <http://site.fdv.br/wp-content/uploads/2018/06/rodrigo-francisco-de-paula-1.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2020.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos. In: ALEXY, Robert *et al.* (orgs.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Unoesc, 2013. p. 281-298.

POSSAS, Cristina de Albuquerque *et al.* Vacinas e Vacinações no Brasil: Agenda 2030 na Perspectiva do Desenvolvimento Sustentá-

vel. In: HOMMA, Akira *et al.* (orgs.). *Vacinas e vacinação no Brasil: horizontes para os próximos 20 anos*. Rio de Janeiro: Edições Livres, 2020. p.17-200.

REPOLÊS, María Fernanda Salcedo. *Habermans e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RÔMANI, Ítalo. ‘Gripezinha’, cloroquina, fim de pandemia: 10 informações falsas ditas por Bolsonaro sobre a Covid-19 em 2020. *Agência Lupa*. 2020. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2020/12/30/informacoes-falsas-bolsonaro-covid-19/>. Acesso em: 10 nov. 2021.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Forum, 2016.

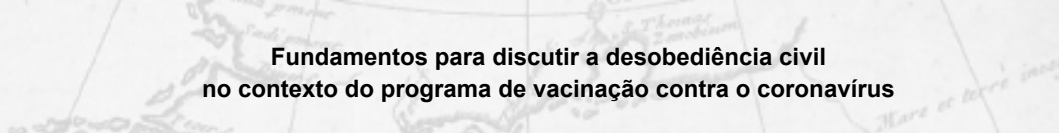
SEIXAS, Rogério Luis da Rocha. Desobediência civil e cidadania participativa em Hannah Arendt. *Aufklärung*, João Pessoa, v.6, n.1, p. 65-79, jan./abr., 2019.

SEVCENKO, Nicolau. *A Revolta da Vacina: mentes insanas em corpos rebeldes*. São Paulo: Unesp, 2010.

SHÄFER, Marcos Guilherme *et al.* Discussão acerca da origem do movimento antivacinação e seu impacto na sociedade atual. *XXII Seminário Interestadual de Ensino, Pesquisa e Extensão*. 23 a 25 de outubro de 2018. Disponível em: <https://home.unicruz.edu.br/seminario/anais/anais-2018/XXIII%20SEMINARIO%20INTERINSTITUCIONAL/...pdf>. Acesso em: 12 de nov. 2021.

SILVA, Leonardo Linhares Miler da *et al.* Antigos argumentos, novos desafios: políticas públicas e movimento antivacina. *Research, Society and Development*, São Paulo, v. 10, n. 14, e487101422476, 2021.

ZAROCOSTAS, John. How to fight na infodemic. *The Lancet*, v. 395, n.10225, 2020, p. 676.



**Fundamentos para discutir a desobediência civil
no contexto do programa de vacinação contra o coronavírus**

Da constituição comunitária ao utilitarismo: os perigos de concepções axiológicas de princípio que superem a deontológica

Glenio Puziol Giuberti

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, dois fatos chamaram a atenção em relação ao direito brasileiro. Um deles se refere as discussões acerca da proposta de emenda constitucional (PEC) relativa a popularmente chamada “prisão em segunda instância”, tomando-se como forte argumento a demora no julgamento dos processos, principalmente criminais, e a necessidade do combate à corrupção.

O outro fato é a proposta, por parte do Congresso Nacional, baseada no plebiscito Chileno que decidiu pela realização de uma nova constituinte, da feita, também no Brasil, de uma nova constituinte, sob o argumento, dentre outros, de que a Constituição brasileira tem muitos direitos e poucos deveres, conforme declaração do líder do Governo na Câmara dos Deputados.²

Os motivos para a escolha desses exemplos são a sua atualidade, o que faz com que seja oportuna a discussão, mas, principalmente, a contextualização com o assunto do estudo, que é a discussão acerca dos perigos de aceitação de concepções valorativas em relação ao reconhecimento do caráter deontológico dos princípios

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

2 OAB: *eventual plebiscito para nova Constituição seria 'ruptura' e 'agressão' à democracia*. Globo.com, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/10/28/oab-eventual-plebiscito-para-nova-constituicao-seria-ruptura-da-ordem-constitucional-e-agressao-a-democracia.ghtml>. Acesso em: 21 dezembro 2020.

jurídicos que exprimem os direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, serão trabalhadas as doutrinas utilitarista, concebida por Jeremy Bentham, e comunitarista, doutrina norte americana que defende o diálogo e a participação social na definição do conteúdo dos direitos fundamentais. Serão expostas cada uma delas em separado, haja vista suas diferenças, porém, tomando como pano de fundo o caráter de predomínio dos direitos da maioria em face do indivíduo ou de minorias, com base no atingimento de supostos valores supremos da sociedade.

Como base teórica a demonstrar os perigos da desconsideração da deontologia dos princípios jurídicos em face dos valores, será utilizada a doutrina de Ronald Dworkin, mais especificamente, sua noção de “direito como integridade”, no sentido de não cindir o direito da moral, porém, da moral pública, como uma blindagem à tomada de posições parciais para certos grupos ou coletividades, desconsiderando os direitos individuais.

Portanto, o intuito do artigo é discutir se a vontade da maioria, através da busca de valores supremos da comunidade, tem ou deve ter força para desconsiderar ou modificar os direitos fundamentais, principalmente os individuais, postos na Constituição. O direito pode ser corrigido pela vontade da maioria? Os direitos individuais devem ceder à pressão das maiorias? Princípios jurídicos são valores que podem ser escolhidos em favor da vontade da maioria?

Em suma, será feita uma contraposição entre a concepção axiológica pautada nos valores da maioria em face da deontologia dos princípios jurídicos, quando da vontade popular por mudanças constitucionais, tudo através da crítica aos exemplos das concepções utilitarista e comunitarista, à luz do direito como integridade de Ronald Dworkin.

2 COMUNITARISMO E CONSTITUIÇÃO: A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA BRASILEIRA DE 1988 E A INTERPRETAÇÃO ORIENTADA POR VALORES

A doutrina comunitarista originou-se nos Estados Unidos da América por volta da década de 80 do século passado, em contraposição ao liberalismo. De acordo com um de seus principais expoentes

tes, o autor Michael Walzer, não é a tolerância ínsita ao liberalismo de exaltar as liberdades individuais a essência da democracia, mas a tolerância política³, porque “se o consenso definitivo é inalcançável e se estamos condenados a viver em meio ao conflito, é a tolerância política que faz da política democrática uma atividade permanente”.⁴

Trata-se, portanto, de concepção que coloca o diálogo social e, bem assim, as deliberações da comunidade em nível superior àquilo que o direito propugna como válido para a comunidade, ou seja, “é o diálogo social que define o conteúdo substantivo dos direitos fundamentais”.⁵

Nesse contexto, as Constituições não representam princípios universais que refletem toda a comunidade, mas retratam concepções individuais dentro de uma generalidade em que essa individualidade deve ser preservada, justamente para que a comunidade as reconheça. Então, as razões pelas quais as constituições trazem direitos fundamentais não são estabelecidas por questões universais, mas particulares. Dito de outro modo:

Nesta perspectiva, a Constituição – com seu sistema de direitos – significa, na verdade, uma matriz, um projeto social integrado por um conjunto de práticas comuns que determinam a identidade dos indivíduos autônomos que, por sua vez, têm a obrigação “*de restaurar ou de sustentar a sociedade na qual esta identidade é possível*”.⁶

Nessa perspectiva, alguns autores, como o caso de Bruce Ackerman, trabalham um conceito de “Constitucionalismo patriótico”, no qual a Constituição é um “potente símbolo da identidade nacional, e não apenas um fetiche legalista”.⁷ Desse modo, “ao associar os direitos fundamentais ao processo argumentativo público, Ackerman se volta contra as teorias contratualistas que derivam os

3 CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva. elementos de filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 88.

4 Ibidem, p. 88/89.

5 Ibidem, p. 163.

6 Ibidem, p. 162.

7 ACKERMAN, Bruce. *El futuro da revolución liberal*. Tradução de Jorge Ma-lem, Barcelona, Editorial Ariel, 1995, p. 54.

direitos básicos dos indivíduos de um contrato hipotético”.⁸

Partindo dessa ideia, Ackerman apresenta a ideia de Constituição dualista, em que, de um lado estariam as decisões rotineiras acerca dos rumos sociais que devem ser tomadas pelos governantes e, de outro lado, existem decisões que somente o povo, em momentos históricos decisivos, pode tomar, ou seja:

A concepção de democracia dualista garante que os indivíduos possam quotidianamente buscar a realização de seus projetos pessoais de vida, mas, ao mesmo tempo, assegura a possibilidade de que, em momentos históricos decisivos, o conjunto de cidadãos, alterando o significado dos valores que compartilham, delibere acerca do seu próprio destino.⁹

A Constituição, então, antes de proteger direitos fundamentais individuais, deve autorizar que o povo exerça sua vontade, abrindo espaço para decisões políticas engendradas por movimentos populares, em oposição à liberais, tais como Ronald Dworkin, que afirmam o papel protetivo de direitos das Constituições. Acerca dessa oposição, Gisele Cittadino nos esclarece que:

Estes liberais estabelecem, segundo Ackerman, uma espécie de “trincheira” em torno das declarações de direitos, precisamente porque, segundo suas concepções, a autonomia privada assegurada pelos direitos fundamentais não pode ser violada pela deliberação popular decorrente da autonomia pública.¹⁰

Para os comunitaristas, os liberais desconsideram a historicidade e a autonomia do povo, de modo que o judiciário deveria sintetizar os valores constitucionais forjados pelo povo durante os momentos históricos em que renovam sua identidade política.

Nesse sentido, o controle de constitucionalidade das leis (*judicial review*) desempenha dois papéis, quais sejam, o de confirmar as conquistas do povo quando alteram a Constituição, naqueles momentos de ruptura institucional, contextualizando as conquistas do

8 CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos de filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 164.

9 ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. xxii.

10 CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. elementos de filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 168.

passado com o presente e, em momentos de normalidade, a Corte Suprema deve somente confirmar a ausência de autogoverno pelo povo.¹¹

A interpretação constitucional, nessa perspectiva, é orientada pelos valores traçados pelo povo:

Não há dúvidas, portanto, que a hermenêutica constitucional proposta por Ackerman, qualquer que seja a conjuntura histórica – cidadania mobilizada ou ausência dela –, deve estar orientada pela salvaguarda dos valores forjados pelo povo nos momentos decisivos de sua história constitucional ou pela adoção de soluções constitucionais compatíveis com os novos valores que representam a renovação da sua identidade política.¹²

Esse contexto de ideias dos comunitários foi adotado no Brasil quando da Constituinte para o Carta Magna de 1988, colocando à discussão vários instrumentos de participação popular e de controle da omissão do Poder Público, estando presente no preâmbulo da Carta Constitucional brasileira a noção de “valores supremos”.¹³

Com efeito, a dimensão axiológica tem primazia sobre a deontológica, justamente porque os princípios expressam os valores fundamentais da coletividade, ou seja:

Desta forma, na linha do Constitucionalismo “comunitário”, o cumprimento dos princípios fundamentais equivale a uma realização de valores. A dimensão axiológica supera, portanto, a dimensão deontológica, pois o conceito de *bom* tem primazia sobre o de *dever ser*, na medida em que os princípios expressam os “valores fundamentais” da comunidade.¹⁴

Realmente, não se desconhece que a Constituição da República Brasileira de 1988 tem forte apelo comunitário, porém, não há como negar que, apesar disso, possui forte caráter de defesa e garantias de direitos fundamentais individuais, insculpidos no artigo 5º e incisos, pois, conforme será tratado mais adiante, o que é bom para o grupo pode não ser para o indivíduo.

É nesse contexto que o estudo se concentra na dimensão

11 Ibidem, p. 202.

12 Ibidem, p. 203.

13 Ibidem, p. 44.

14 Ibidem, p. 46.

de supremacia do caráter axiológico a dimensão deontológica do direito, para, a partir daí promover as críticas a essa forma de enxergar os direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito.

3 O UTILITARISMO E A MAXIMIZAÇÃO DA FELICIDADE GERAL DA SOCIEDADE

O utilitarismo desenvolvido por Jeremy Bentham trabalha com os sentimentos do prazer e da dor, de modo que esses são nossos “mestres soberanos”¹⁵ que governam nossas ações na prática. Nesse sentido, quanto maior o nível de prazer proporcionado à coletividade, maior será a felicidade da comunidade. Dito de outro modo:

Bentham achava que essas duas características forneciam não só o padrão necessário a uma filosofia jurídica “censória” (isto é, crítica), mas também um modelo das causas do comportamento humano que o legislador hábil poderia controlar e usar para dirigir o comportamento social.¹⁶

Desse modo, serão as condutas que geram prazer e não a dor que devem ser aquelas as quais a sociedade deve se adequar, ou seja, “Bentham vai do fato de que desejamos o prazer para o juízo de que devemos buscar o prazer, ou de um fato psicológico para o princípio moral da utilidade”.¹⁷

A utilidade seria essa aprovação ou desaprovação acerca de condutas que aumentassem ou diminuíssem a felicidade, como que em um cálculo de custos e benefícios, no que a doutrina utilitarista denomina de “Princípio da Utilidade”. Por isso, a utilidade como concebida por Bentham era a base para a moral e a política, servindo também aos legisladores. Nas palavras de Michael Sandell, “maximizar a ‘utilidade’ é um princípio não apenas para o cidadão comum, mas também para os legisladores. Ao determinar as leis ou diretrizes a serem seguidas, um governo deve fazer o possível para

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

16 MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 223.

17 *Ibidem*, p. 224.

maximizar a felicidade da comunidade em geral.”¹⁸

Ocorre que, essa perspectiva leva em conta um cálculo matemático de custo e benefício, ou seja, pode-se sacrificar uma minoria em prol da maioria para o atingimento da vontade geral. O individual, nesse sentido, somente é considerado se em concordância com os demais cidadãos, de modo que um dos principais problemas do utilitarismo, é o do desrespeito aos direitos fundamentais individuais, justamente por não se tolerar condutas indesejadas pela sociedade. Há uma negação das minorias, em razão da maximização da felicidade da maioria.

Nesse contexto, o utilitarismo trabalha com valores que buscam conferir maior prazer e, bem assim, potencializar a felicidade da maioria, havendo relação direta entre o melhor valor e a geração de felicidade na comunidade. Dito de outro modo:

*O utilitarismo hedonista de Jeremy Bentham exemplifica o modus operandi dessa perspectiva. De acordo com o filósofo inglês, o meio de comparação entre os vários valores é o prazer: um valor é melhor que o outro na medida em que traz como resultado mais prazer. Quanto mais prazer for gerado por um determinado valor, melhor ele é. Avaliar a melhor acomodação entre os valores pressupõe, assim, uma avaliação prévia a respeito de qual ajustamento é capaz de gerar mais prazer.*¹⁹

Jeremy Bentham, então, reduzia a valoração ao cálculo prazer e dor, de modo que a atuação nos moldes do utilitarismo sempre pressupõe um juízo de valor no sentido da utilidade que, por tratar-se de concepção consequencialista, não se preocupa com motivos ou meios, mas somente com o resultado prazer e dor.

A redução da moral ao cálculo prazer e dor recebeu diversas críticas, fazendo com que outro adepto da doutrina utilitarista, John Stuart Mill, numa tentativa de salvar o utilitarismo de Jeremy Bentham, fizesse reformulações, o concebendo de forma mais humanizada. Houve, então, uma tentativa de conciliar o direito dos indivíduos com a filosofia utilitarista, no sentido de que as pessoas

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

19 ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática. In: *Revista Direito GV* São Paulo, n.º: 8, jul-dez 2008, p. 497.

poderiam fazer tudo o que quisessem, mas sem fazer mal às outras pessoas, porque isso geraria dor e infelicidade na comunidade.

Desse modo, o critério não era puramente quantitativo como o era em Bentham, porém a questão do prazer e da dor ainda continua presente no utilitarismo defendido por Mill, mesmo que de um modo diferente, pois “ao contrário de Bentham, ele acredita que seja possível distinguir entre os prazeres mais elevados e os mais desprezíveis – avaliar a qualidade, e não apenas a intensidade, dos nossos desejos”.²⁰

Entretanto, mesmo com uma concepção que dá algum valor ao indivíduo, a questão da maximização da felicidade ainda é presente no utilitarismo de John Stuart Mill, de modo que condutas boas seriam aquelas que evitassem a dor e gerassem o prazer, apto a promover a maximização da felicidade geral da comunidade.

Portanto, o consequencialismo utilitarista trabalha com a valoração diretamente relacionada o cálculo do prazer e da dor, seja na ótica de Bentham, seja sob o olhar de John Stuart Mill, fazendo com que a atuação, inclusive dos legisladores e juízes, seja pautada pela utilidade na busca de valores que maximizem a felicidade da maioria.

4 DE COMO DISCURSOS EM PROL DOS VALORES DA MAIORIA ESTÃO PRESENTES EM NOSSO COTIDIANO: A FLEXIBILIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE PENAL (ART. 5º, LVII, CRFB/88) E A “NOVA” CONSTITUINTE

Conforme verificado, ambas as correntes acima transcritas, apesar de suas diferenças, tais como a sujeição do indivíduo ao Estado no utilitarismo em contraposição à soberania popular do comunitarismo, se encontram em um ponto, que é justamente a possibilidade de negação de direitos fundamentais individuais em prol da vontade da maioria.

Sobre uma das vulnerabilidades mais flagrantes do utilita-

20 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p.. 68.

rismo:

Muitos argumentam, é que ele não consegue respeitar os direitos individuais. Ao considerar apenas a soma das satisfações, pode ser muito cruel com o indivíduo isolado. Para o utilitarista, os indivíduos têm importância, mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais.²¹

No sentido do que foi exposto no tópico acima, os utilitaristas entendiam que “o direito objetiva aumentar a felicidade total da sociedade ao desestimular os atos que possam gerar más consequências”.²²

Já para os comunitaristas, “a soberania popular, enquanto participação ativa dos cidadãos nos assuntos públicos, tem prioridade frente aos direitos individuais”.²³

Feita essa comparação, bem como a demonstração de que ambas as doutrinas trabalhadas no artigo supervalorizam o coletivo em relação ao individual, parte-se para a exemplificação do que se pretende criticar quando é desconsiderada a deontologia em prol de valores supremos de uma suposta maioria, seja a felicidade do maior número de pessoas, seja a renovação constitucional por meio de uma revolução social em momentos de tensão. É o que se passa a fazer.

No ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o HC nº: 126.292/SP, modificando o entendimento acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade no âmbito criminal, fixando a tese de que a execução poderia ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, violando disposição expressa do inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna.

Ato contínuo, no ano de 2019, houve nova apreciação da matéria no julgamento das ações diretas de constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, ocasião em que o STF fixou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que reflete no citado código o inciso LVII²⁴ do artigo 5º da CF/88. Interessante notar que

21 Ibidem, p. 51.

22 MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos Gregos aos Pós- Modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 229.

23 CITTADINO. Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva. elementos de filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 131.

24 LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

antes desse julgamento, das ADCs, grande parcela de juristas e da opinião pública alegaram que a mudança de entendimento, no sentido de barrar a execução provisória da pena, faria com que 190 (cento e noventa) mil presos saíssem às ruas, o que foi desmentido em nota do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), afirmando que o total seria de pouco mais de 4 (quatro) mil presos.²⁵

Passado o julgamento que reestabeleceu a necessidade de trânsito em julgado para a execução da pena privativa de liberdade, já em 2020, voltou-se a falar acerca da chamada “prisão²⁶ em segunda instância”, desta vez em forma de proposta de emenda constitucional (PEC). A proposta foi feita pela “Frente Parlamentar pela Ética contra a Corrupção”.

A PEC visa acabar com os recursos especial e extraordinário, artigos 102 e 105 da CF/88, para que o réu só possa recorrer até a segunda instância, havendo um único recurso para os tribunais superiores que faria as vezes do que hoje é a revisão criminal. No parecer do relator, Deputado Fábio Trad (PSD-MS), datado de 08/09/2020, foram ressaltados os seguintes aspectos, dentre outros:

Em longo depoimento, o Ministro da Justiça SÉRGIO MORO destacou a sobrecarga e a **ineficiência** do sistema brasileiro de Justiça. Realçou a necessidade de se garantir não apenas acesso ao Poder Judiciário, mas igualmente um **resultado efetivo** para a prestação jurisdicional, defendendo a execução das decisões judiciais já a partir do julgamento em segunda instância. Defendeu que a alteração constitucional seja aplicável tanto aos casos cíveis quanto aos criminais, embora para estes últimos a necessidade seja mais premente, **face à impunidade** que produzem. [...]

No campo penal, a PEC proporcionará mais **certeza de punição**, tendo o **alto valor simbólico** de mostrar que o Legislativo está **agindo para reduzir a impunidade**. [...]

O Dr. FREDERICO CARLOS LANG, promotor de justiça no

25 Nota sobre julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF. Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/nota-sobre-julgamento-das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf/>. Acesso em: 21 de dezembro 2020.

26 Esta terminologia, inclusive, não é correta, na medida em que a prisão é autorizada, até mesmo, antes de iniciada a ação penal, o que se tem é uma discussão acerca da provisoriedade, que deve ser baseada nos artigos 311 e 312 do CPP ou da definitividade da prisão, que somente ocorre após o trânsito em julgado da condenação.

Rio Grande do Sul, afirmou que o texto em exame consegue equacionar, de modo constitucional, o problema do excesso de recursos existente no processo penal. Apontou que o princípio da presunção da inocência não é absoluto, devendo ser sopesado em vista dos **princípios da efetividade do sistema penal** e da razoável duração do processo.

[...]

Finalmente, apontou que nosso sistema penal não oferece garantias à vítima, que a **população** desfavorecida **defende um direito penal forte**, que o País se tornou um **paraíso da impunidade**, e que a PEC efetua uma alteração processual, devendo vigorar desde a sua vigência.

[...]

O Dr. JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR, Procurador Geral da Fazenda Nacional, [...], Manifestou-se veementemente contra o ativismo jurisdicional, sublinhando que “**a Constituição não é da Suprema Corte: a Constituição é do povo**”, e é no Congresso Nacional que se produz o direito.²⁷

Vale registrar que a proposta não abarca somente a esfera criminal, mas os argumentos trazidos ao artigo dizem respeito à execução provisória na esfera penal. Conforme se verifica de algumas das passagens supratranscritas, a “impunidade”, o valor simbólico da punição, a efetividade do sistema penal, a ineficiência, o resultado efetivo e o direito penal forte são argumentos recorrentes quando se fala da presunção de inocência criminal, chegando ao ponto de se falar que o Brasil é o “paraíso da impunidade”. Faz-se o cálculo entre a presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88) e a eficiência do direito penal, numa direção de negação a um direito individual fundamental em face da suposta vontade da maioria.

Tais argumentos expõem a ideia utilitarista da desconsideração dos meios para o atingimento de fins, a exemplo do combate à impunidade por um direito penal forte e simbólico que produza resultados efetivos em prol de valores sociais superiores. Na impossibilidade de nova interpretação que desconsidere o artigo 5º, LVII da CF/88, tenta-se manobra para influir na presunção de inocência penal, na pretensão de acabar com os recursos das esferas extraordi-

27 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0lukhibpdyvmxek1lhuh6mp4mdpm1453170_node0?codteor=1928562&filename=Parecer-PEC19919-08-09-2020. Acesso em: 21 dezembro 2020.

nárias, numa nítida atuação consequencialista.

Ainda em relação à execução provisória da pena privativa de liberdade, há o argumento de que a Constituição “é do povo” e não da Suprema Corte constitucional. Não se discorda que o ativismo judicial não é bom para a democracia, porém, não parece saudável a um sistema democrático que direitos fundamentais possam ser desconsiderados pela vontade da maioria sem dimensionamento do alcance desses direitos para minorias e para o indivíduo.

É claro que o cometimento de crimes é algo socialmente indesejável, entretanto, não parece que a flexibilização de direitos seja uma boa saída, mormente quando baseada em argumentos valorativos abertos, tais como o combate a, suposta, impunidade ou a corrupção. O sentimento de impunidade é uma das principais reivindicações sociais, na medida em que, transmite sensação de total insegurança. A Constituição teria direitos demais e deveres de menos.

Inclusive, no ano de 2020, pautados no plebiscito Chileno de nova Constituição, parlamentares brasileiros defenderam uma nova constituinte para o Brasil. Nesse sentido, o líder do governo na Câmara dos Deputados, Ricardo Barros, afirmou o seguinte: “Eu pessoalmente defendo uma nova assembleia nacional constituinte. Acho que devemos fazer um plebiscito, como fez o Chile, para que possamos refazer a carta magna e escrever muitas vezes nela a palavra ‘deveres’, porque a nossa carta só tem direitos e é preciso que o cidadão tenha deveres com a nação”.²⁸

Curiosamente, o comunitarista norte americano Bruce Ackerman comentou a necessidade de uma nova Constituição para o Brasil, em matéria original do site “Correio Braziliense”, sob o título “O Brasil precisa de nova Constituição”, fixando a data de 2023 para a nova constituinte e defendendo o parlamentarismo como forma de frear extremismos.

De início, Ackerman enfatiza que “números crescentes de brasileiros estão perdendo a fé no sistema estabelecido em 1988. A corrupção política revelada pela Lava-Jato, culminando na resposta

28 OAB: eventual plebiscito para nova Constituição seria ‘ruptura’ e ‘agressão’ à democracia. Globo.com, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/10/28/oab-eventual-plebiscito-para-nova-constituicao-seria-ruptura-da-ordem-constitucional-e-agressao-a-democracia.ghtml>. Acesso em: 21 dezembro 2020.

irresponsável de Bolsonaro à crise do coronavírus, levaram cidadãos comuns a temer que a democracia não tenha futuro”.²⁹

O autor ressalta ainda o contexto da constituinte de 1988, revelando que foi o impeachment de Fernando Collor e a entrada de Itamar Franco, homem de reputação ilibada segundo Ackerman, o fato que fez o povo escolher o presidencialismo ao parlamentarismo em 1993. Para o autor, a vitória de Lula e Dilma confirmaram a vontade popular do plebiscito.³⁰

Entretanto, a partir daí, continua Ackerman:

No entanto, agora está claro que a vitória de Dilma serviu de prólogo para os últimos cinco anos de desilusão popular. A polarização da política brasileira contemporânea serve apenas para reforçar a crítica ao presidencialismo avançada em 1988. Exemplo matemático simples ilustrará o ponto-chave. Suponha-se que o eleitorado esteja dividido em cinco facções de tamanho aproximadamente igual: a esquerda radical, a esquerda central, os centristas, a direita central e a direita radical.

Sob um sistema parlamentar, o líder do partido político do centro normalmente se une ao de centro-esquerda e ao de centro-direita para formar uma coalizão de governo. Por seu lado, como mostra a eleição de 2018, é muito fácil para um candidato da direita radical conquistar a presidência, mesmo tendo o forte apoio de apenas 20% a 25% do eleitorado. Se a Assembleia Constituinte de 2023 adotar o parlamentarismo, a nova Constituição reduzirá bastante o risco de tomadas de poder extremistas.

Mas, antes que isso aconteça, nenhum membro do governo eleito em 2022 deve figurar como constituinte. Caso contrário, eles irão previsivelmente obstar considerações sérias ao parlamentarismo e dedicarão energia ao fortalecimento do poder do presidente recém-eleito; permitindo novas vitórias extremistas no futuro.³¹

Do texto analisado retira-se expressamente as características da doutrina comunitária. A primeira delas se refere, de acordo com Bruce Ackerman, ao momento de exceção vivido no Brasil pela

29 ACKERMAN, Bruce. *O Brasil precisa de nova Constituição*. Correio Brasileiro, 2020. Disponível em: https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/opiniaao/2020/07/13/internas_opiniaao.871622/o-brasil-precisa-de-nova-constituicao.shtml. Acesso em: 21 dezembro 2020.

30 Idem

31 Idem

eleição de um governo extremista, o que permitiria a mudança da constituição para reduzir o risco de um novo governo do mesmo tipo nas próximas eleições.

É interessante notar que, de certo modo, na fala de Ackerman, há uma espécie de cálculo a determinar a vontade da maioria, característica utilitarista, portanto. Sem pretender entrar nessa discussão, que pode ser objeto de outro trabalho, o fato é que, também no caso da nova constituinte brasileira, são colocados valores superiores da coletividade, tendo como um dos principais argumentos o combate à corrupção.

Pelo que foi exposto, verifica-se que a Constituição, os direitos fundamentais são alvos de discursos inflados de mudança para o atingimento de supostos valores supremos da coletividade. Nesse sentido, serão tratados no próximo tópico os motivos pelos quais considerar princípios jurídicos garantidores de direitos fundamentais, principalmente os individuais, como valores é perigoso para o Estado Democrático de Direito, com base no “direito como integridade” de Ronald Dworkin.

5 O DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS EM FACE DE SUPOSTOS VALORES DA MAIORIA: A DIMENSÃO DEONTOLÓGICA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Neste ponto do trabalho, é importante deixar claro que não existe oposição à vontade da maioria, entretanto os exemplos citados no tópico acima, acerca da presunção de inocência e da proposta de nova constituinte no Brasil, servem para demonstrar que os direitos fundamentais, principalmente os individuais, sofrem incessantes ataques por conta da vontade popular, principalmente quando esta é inflada por discursos de combate à corrupção, à impunidade ou de que a Constituição não representa a vontade do povo. O estudo visa criticar, então, não as maiorias, mas o abuso do argumento da maioria.

Nesse contexto, pergunta-se: seria o cálculo utilitarista de maximização da felicidade geral ou a possibilidade comunitária de

o povo mudar a Constituição, através do diálogo social, buscando atingir valores superiores uma boa escolha para a garantia de direitos? Veja que ambas as concepções apostam, de formas diferentes, nos valores da maioria. Dito de outro modo, os valores da maioria tem força para impor a desconsideração da dimensão protetora da Constituição, ou seja, de desconsideração da deontologia do direito?

Para responder a tais indagações será utilizada a perspectiva de Ronald Dworkin acerca do “direito como integridade”, ou seja, o direito levado à sério através de sua autonomia. Nas palavras de Geovany Jeveaux:

A sua proposta, em resumo, é a de apresentar o direito como uma integridade política, vale dizer, como um conjunto de princípios que a comunidade impõe à maioria no sentido de respeitar os direitos individuais, enquanto decisões políticas passadas. Tais direitos assumem então uma natureza moral, que o governo deve respeitar diante de seu compromisso também moral de agir conforme princípios.³²

De acordo com o “direito como integridade”, o judiciário, ao aplicar o direito, deve preocupar-se com a responsabilidade política em suas decisões, ou seja, deve-se respeitar aquilo que a comunidade política traçou como direito constitucional e não apostar em aplicações consequencialistas, tais como prega a doutrina utilitarista, por exemplo. Nas palavras do próprio Dworkin:

[...] o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.³³

Essa perspectiva da preocupação com a integridade relaciona-se com a igualdade na forma de tratamento dos cidadãos pelo

32 JEVEAUX, Geovany. *A Constituição e os direitos adquiridos na teoria dos direitos: entre o positivismo e o pós-positivismo*. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. Nº: 07, Jan/Jun 2006 - Vol.1, p. 145.

33 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101.

Estado, ou seja, “a ideia nuclear da coerência e da integridade é a concretização da igualdade”.³⁴ Com efeito, existem dois tipos de integridade as quais o autor norte americano se refere, quais sejam, a integridade legislativa e a integridade judiciária.

Em relação à primeira concepção, “o princípio legislativo da integridade exige que o legislativo se empenhe em proteger, para todos, aquilo que vê como seus direitos morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade”.³⁵

Já em sua dimensão judiciária, afirma Ronald Dworkin que, “o princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”.³⁶

Na verdade, Dworkin como crítico ao positivismo jurídico, reintroduz a moral no direito, trabalhando a ideia de princípios jurídicos em sua perspectiva deontológica, na medida em que:

Os princípios, nessa perspectiva, são vivenciados (“faticizados”) por aqueles que participam da comum-idade política e que determinam a formação de uma sociedade. É exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao *status* da constitucionalidade. Por isso, os princípios são deontológicos.³⁷

Em outras palavras, “destinando seu tempo às críticas ao positivismo e ao utilitarismo, ela retorna ao liberalismo político e reintroduz no direito o elemento moral, através de uma idéia sistemática que não põe os princípios do lado de fora do ordenamento”.³⁸

Desse modo, não há uma desconsideração da vontade da

34 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 44.

35 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 266.

36 Ibidem, p. 271/272.

37 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 374.

38 JEVEAUX, Geovany. A Constituição e os direitos adquiridos na teoria dos direitos: entre o positivismo e o pós-positivismo. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. Nº: 07, Jan/Jun 2006 - Vol.1, p. 145.

maioria, porém, trabalhando-se a ideia de integridade, tanto para o legislativo, quanto para o judiciário, as decisões políticas e jurídicas devem obedecer a uma coerência que exclua posições isoladas em detrimento daquilo que a comunidade política afirmou, por exemplo, como direito, com vistas sempre à equidade. A busca pela equidade blinda o direito de decisões consequencialistas, do mesmo modo, protege o direito individual do cidadão contra investidas de uma suposta vontade da maioria.

Nessa perspectiva, o princípio jurídico será construído a partir da moral pública de defesa dos direitos constitucionalmente estabelecidos na Carta Magna, mormente os direitos e garantias fundamentais individuais.

É nesse sentido que Dworkin faz críticas ao utilitarismo, ou seja, “quanto ao privilégio dos interesses coletivos sobre os individuais”.³⁹ Isso porque, para o utilitarismo, os melhores valores sociais seriam aqueles que maximizassem a felicidade através da evitação da dor e, conseqüentemente, promoção do prazer. Daí retira-se a tese valorativa/axiológica da doutrina utilitarista.

De outro lado, é na dimensão de concretização da igualdade que os comunitaristas criticam Ronald Dworkin, na medida em que concepções racionais sobre os direitos constitucionais ignorariam o diálogo social na construção dos valores supremos da comunidade, perspectiva, inclusive, adotada pela Constituição de 1988, pois “ao não se definir como um ordenamento valorativamente neutro, a Constituição permite que, frente a um conflito entre direitos fundamentais, juízes e tribunais possam recorrer aos ‘valores supremos’ que se expressam nos princípios fundamentais para dar solução ao caso”.⁴⁰ Verifica-se, então, a dimensão axiológica presente na doutrina comunitarista e na Carta Magna de 1988, que bebeu de suas fontes.

Nesse contexto de busca por valores, a diferença entre princípio no sentido deontológico ou princípio como valor ganha especial relevância, posto que valores expressam preferências que podem ser contempladas ou não, ou seja, são teleológicos, ao passo

39 JEVEAUX, Geovany. A Constituição e os direitos adquiridos na teoria dos direitos: entre o positivismo e o pós-positivismo. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. Nº: 07, Jan/Jun 2006 - Vol.1, p. 145.

40 CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva. elementos de filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 47.

que a deontologia visa o tratamento igualitário, não pautando-se em arbitrariedades. Para que fique mais claro:

Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividade, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação proposições normativas, como no caso de proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo “sim” ou “não”, ou abster-nos do juízo. Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor. A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos.⁴¹

O problema de perspectivas axiológicas para a definição de direitos reside, justamente, nos motivos para a definição de quais sejam esses “valores supremos” ou os “princípios fundamentais” a dar a resposta num caso de conflito de direitos, por exemplo. Seria possível a desconsideração de algum direito fundamental positivado em prol da vontade da maioria, tal como a flexibilização da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, CF/88) em razão da alegação de ser o Brasil o “paraíso da impunidade”?

É possível escolher a eficiência do direito penal? Ao que parece, a supremacia de teses axiológicas acerca de direitos fundamentais, principalmente individuais, permitem o manejo de direitos fundamentais em face do dever de assegurá-los observando princípios jurídicos em seu caráter deontológico.

Muitas vezes, como no exemplo da nova constituinte brasileira, a modificação não se dá somente em relação a um ou outro

41 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 316-317.

direito individual, mas refere-se à substituição de uma Constituição por outra, com outra forma de governo, inclusive.

Nesse sentido, Dworkin, na obra “Justiça para ouriços”, revela os perigos de teorias agregativas, nos seguintes termos:

Devemos ter cuidado para não confundir esta concepção maioritária de democracia com alguma teoria agregativa da justiça, como o utilitarismo, que afirma que as leis são justas quando produzem maior quantidade possível de felicidade média (ou qualquer outra concepção de bem-estar) numa comunidade específica. (A expressão vontade da maioria é perigosamente ambígua, porque, em alguns casos, é utilizada para descrever um processo maioritário e, noutros, um processo utilitarista ou qualquer outro resultado agregativo.).⁴²

É claro, diga-se novamente, que não se pode simplesmente desconsiderar a vontade da maioria, mas, na concepção de integridade do direito isso significa a não abertura de exceções para tal ou qual grupo, mesmo que majoritário. Dito de outra forma:

No discurso jurídico, há argumentos normativos típicos, os quais, em caso de colisão de regras, justificam a escolha da norma adequada a cada caso, à luz de princípios. Dworkin também se interessa por esses princípios, uma vez que eles possuem um conteúdo deontológico reconhecível, que os subtrai da contingência de derrogações e colocações arbitrárias. Quando, por exemplo, direitos fundamentais e princípios do Estado de direito são interpretados e aprimorados, ou quando outros conteúdos morais imigram para o direito positivo, “obtendo assim apoio dos decretos oficiais de instituições jurídicas”, uma modificação de tais prescrições jurídicas não pode tocar em seu conteúdo normativo. “Não faz sentido afirmar que princípios desse tipo são ‘rejeitados’ ou ‘conservados’”. E verdade que princípios não podem ser ontologizados em fatos morais; no entanto, eles têm, graças à sua força de justificação deontológica, um valor posicional na lógica da argumentação, o qual explica por que as fontes de fundamentação disponíveis no discurso jurídico são suficientes para ir além de justificativas internas e fundamentar as próprias premissas.⁴³

42 DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 391.

43 HABERMAS, Jürgen. *Democracia e Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 01, p. 261/264.

Com efeito, os valores da maioria não podem se sobrepor aos direitos individuais, visto que existe um limite interpretativo que se encontra, principalmente nos direitos fundamentais individuais do cidadão. A moral no direito diz respeito à moral pública, construída intersubjetivamente no seio da comunidade política, o que garante aos cidadãos que as decisões não serão tomadas levando-se em conta, somente, posições de grupos majoritários. Afinal, o direito não visa servir ao bem estar geral e nada mais.⁴⁴

Desse modo, Ronald Dworkin não despreza a comunidade, porém a concebe de maneira a descartar posições arbitrárias em face da equidade no tratamento dos indivíduos, o que significa decidir por princípios. Nas palavras do próprio autor:

Acceptamos a integridade como um ideal político porque queremos tratar nossa comunidade política como uma comunidade de princípios, e os cidadãos de uma comunidade de princípios não têm por único objetivo princípios comuns, como se a uniformidade fosse tudo que desejassem, mas os melhores princípios comuns que a política seja capaz de encontrar. A integridade é diferente da justiça e da equidade, mas está ligada a elas da seguinte maneira: a integridade só faz sentido entre pessoas que querem também justiça e equidade.⁴⁵

Portanto, de acordo com o direito como integridade, quando se fala em princípios jurídicos que garantem direitos fundamentais em seu caráter deontológico, é possível proteger os direitos individuais de concepções axiológicas pautadas nos valores da maioria em detrimento do indivíduo ou de minorias. A escolha de um valor em detrimento de outro pode ser boa para determinado grupo, entretanto, não garante a necessária equidade que deve existir no tratamento dos cidadãos, considerados em sua individualidade, pelo Estado, principalmente num Estado Democrático de Direito.

6 CONCLUSÃO

44 JEVEAUX, Geovany. *A Constituição e os direitos adquiridos na teoria dos direitos: entre o positivismo e o pós-positivismo*. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. Nº: 07, Jan/Jun 2006 - Vol.1, p. 146.

45 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 314.

O presente artigo demonstrou, sem pretensão de esgotar o tema, algumas bases das teorias comunitarista e utilitarista. Os comunitários desconsideram o caráter deontológico dos direitos fundamentais individuais em prol do diálogo social na sua construção, através do atingimento dos valores supremos da comunidade. Esta concepção foi, inclusive, adotada pela Constituição da República Brasileira de 1988.

Já os utilitaristas, convencidos de que os valores sociais são corporificados através da maximização da felicidade geral da comunidade, desconsideram direitos individuais em face do prazer da maioria.

Ambas as doutrinas, de forma diversa, apostam nos valores da maioria para a definição dos direitos, na supremacia do caráter axiológico ao deontológico.

Utilizou-se como contextualização prática dois exemplos recentes no Brasil, acerca de mudanças constitucionais, chegando ao ponto da defesa de uma nova constituinte no Brasil pelo autor comunitarista Bruce Ackerman. Nesse contexto, foram verificados argumentos utilitaristas na PEC sobre a “prisão em segunda instância”, tais como o cálculo entre a flexibilização de um direito individual em contraposição à erradicação da impunidade, à garantia da eficiência do direito penal e de seu simbolismo na punição, ou seja, para acabar com o “paraíso da impunidade”. Houve ainda um argumento comunitarista de que a “Constituição é do povo”.

A proposta de nova constituinte também apresentou argumento utilitarista, qual seja, o sopesamento entre “muitos direitos e poucos deveres”, conforme fala do líder do governo na Câmara dos Deputados⁴⁶, porém, o que mais chamou a atenção foi o texto escrito por Bruce Ackerman sobre uma nova constituinte brasileira no ano de 2023, propondo-se a mudança do presidencialismo para o parlamentarismo, como forma de frear governos extremistas. Sobre isso, como se disse no tópico próprio, não parece que o problema, se houver, esteja na Constituição, mas sim na sua interpretação e concretização, até porque não se pode afirmar que o povo brasileiro deseja a mudança para o parlamentarismo.

A partir disso, o trabalho demonstrou a importância do tratamento do direito em sua integridade, conforme preceitua Ronald Dworkin, bem como a distinção entre princípios jurídicos em uma perspectiva axiológica e os perigos disso, quais sejam, de permitir escolhas parciais de direitos fundamentais baseadas em valores supremos da coletividade em detrimento de direitos individuais. A deontologia garante que os direitos dos cidadãos sejam tratados sob a ótica da equidade, através do que foi construído pela comunidade política como direito, por argumentos de princípios, impedindo concepções consequencialistas ou puramente teleológicas, garantindo que os direitos

46 OAB: eventual plebiscito para nova Constituição seria ‘ruptura’ e ‘agressão’ à democracia. Globo.com, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/10/28/oab-eventual-plebiscito-para-nova-constituicao-seria-ruptura-da-ordem-constitucional-e-agressao-a-democracia.ghtml>. Acesso em: 21 dezembro 2020.

sejam observados numa perspectiva de moralidade pública, nem teleologicamente, nem axiologicamente, mas deontologicamente, a fim de se concretizarem direitos fundamentais num Estado Democrático de Direito.

Por derradeiro, respondendo ao cerne das indagações feitas durante o trabalho, princípios jurídicos em seu caráter deontológico garantem a dimensão protetora de direitos fundamentais individuais em face da vontade da maioria, ou seja, garante-se que posições de bem estar geral não violem direitos individuais, até porque a Constituição, num Estado Democrático de Direito, é remédio contra maiorias.⁴⁷

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *El futuro da revolución liberal*. Tradução de Jorge Malem. Barcelona: Ariel, 1995.

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática. In: *Revista Direito GV*. São Paulo, n°: 8, jul-dez 2008.

ACKERMAN, Bruce. *O Brasil precisa de nova Constituição*. Correio Braziliense, 2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/07/13/internas_opiniao,871622/o-brasil-precisa-de-nova-constituicao.shtml. Acesso em: 21 dezembro 2020.

47 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantía: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. elementos de filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantía: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Democracia e Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JEVEAUX, Geovany. A Constituição e os direitos adquiridos na teoria dos direitos: entre o positivismo e o pós-positivismo. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. Nº: 07, Jan/Jun 2006 - Vol.1.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*. Dos Gregos aos Pós-Modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Nota sobre julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF. Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/nota-sobre-julgamento-das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf/>. Acesso em: 21 de dezembro 2020.

OAB: eventual plebiscito para nova Constituição seria 'ruptura' e 'agressão' à democracia. Globo.com, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/10/28/oab-eventual-plebiscito-para-nova-constituicao-seria-ruptura-da-ordem-constitucional-e-agressao-a-democracia.ghtml>. Acesso em: 21 dezembro 2020.

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

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

Alguns reflexos de “uma teoria da justiça” de John Rawls no CPC/2015: as técnicas do processo subjetivamente adequado ao juridicamente vulnerável

Pedro Pessoa Temer

1 OBJETO E METODOLOGIA DE PESQUISA. DE UMA UTOPIA DA IGUALDADE À “IGUALDADE PARA OS PORCOS”. IGUALDADE ENQUANTO CONCEPÇÃO DE MINIMIZAÇÃO DA DIFERENÇA.

“La justicia es como las serpientes, solo muerde a los descalzos”. A célebre frase – muitas vezes atribuída a Eduardo Galeano – foi proferida por Monseñor Óscar Arnulfo Romero, Arcebispo de San Salvador, assassinado em 1980¹. Apesar de aparentemente simples (especialmente se deslocada de seu contexto), seus elementos figurativos facilitam a demonstração de como a condição de miserabilidade das pessoas altera o tratamento que as instituições lhes dão.

Apesar de seu nobre objetivo, o processo judicial nem sempre consegue garantir aos envolvidos um tratamento adequado às suas funções no processo, resultando em consequências trágicas, como a negação de Acesso à Justiça, punição da pobreza através do uso do Direito Penal², o encarceramento em massa de negros, bene-

1 https://resistir.info/livros/galeano_patas_arriba.pdf. Acesso em 21/12/21.

2 É impossível abordar toda a problemática trazida pela criminologia crítica sobre o sistema de justiça criminal brasileiro de forma sucinta. Os pilares para iniciar os estudos sobre o tema estão nas obras de SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia da repressão*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, que visitam a necessidade de uma releitura de instituições e procedimentos puni-

fícios qualitativamente imensuráveis para litigantes contumazes e economicamente privilegiados, entre inúmeras outras deformidades encontradas no sistema jurídico atual.

Cumpra estabelecer aqui que a ideia da igualdade (destacada, entre outros, na Revolução Francesa, na Declaração Universal de Direitos Humanos e traduzida, no Brasil, no art. 5º, *caput*, da CF/88³) não pode ser pensada em termos frios, absolutos e exatos.

Essa igualdade, meramente formal (escrita no papel) representa uma utopia⁴. Reforce-se aqui, eis que válido como um didático exemplo, a irônica frase de George Orwell⁵ imortalizada no livro *Revolução dos Bichos* que fora pichada em um dos muros da fazenda em emblemático momento do drama: “todos os animais são

tivos penais em âmbito nacional. Já para uma visão crítica do sistema criminal em âmbito internacional, imprescindível a leitura de ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Trad. Vânia Romano e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, e WACQUANT, Loïc. Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. [A onda punitiva]. Trad.: Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, textos que abordam a cruel seletividade penal e a escolha de bens jurídicos como instrumento do poder punitivo do Estado.

3 Sobre o princípio da igualdade, é imprescindível a leitura do texto “o princípio da igualdade” de Fernando Muniz Silva, que cita a posição doutrinária de vários pesquisadores do tema, bem como a previsão de tal princípio em diversas constituições democráticas, como a japonesa, portuguesa, e espanhola (<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-principio-da-igualdade/>, acesso em 20/12/21)

4 A miopia da igualdade formal é perfeitamente captada pela irônica observação do escritor francês Anatole France, em passagem frequentemente lembrada: “A majestosa igualdade da lei, que proíbe ricos e pobres de dormirem sob pontes, de mendigarem pelas ruas e de furtarem pão (FRANCE, Anatole. *Le Lys Rouge*, 1894. p. 81). No original: “la majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain”. A crítica é semelhante à feita por Neiva Afonso Oliveira em relação a utopia de Rawls em seu *Liberalismo Político*. Segundo a referida autora: a utopia de Rawls aparece como se segue: entramos em um “viveiro” incomum de homens razoáveis que buscam descobrir como viver com cada outro. Todos necessitam concordar com algumas regras básicas. Possuem pressuposições metafísicas e, até mesmo, axiológicas, diferentes, talvez incompatíveis. Entretanto, como homens razoáveis, mesmo que estejam convencidos da verdade e exequibilidade de suas próprias pressuposições, aceitam que outros homens também razoáveis podem manter outras pressuposições igualmente razoáveis. Descubram que se devem tolerar uns aos outros e se suprir, como um todo, de oportunidades necessárias para sustentar a solidariedade de homens razoáveis. Nesse mundo ideal, naturalmente, é razoável ser razoável, à moda rawlsiana. O mundo acima descrito é o que Rawls denomina “liberalismo político” (OLIVEIRA, Neiva Afonso. *Rousseau e Rawls: contrato em duas vias*. Porto Alegre: Edipuc, 2000, Coleção Filosofia, p. 157.)

5 ORWELL, George. *A revolução dos bichos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007

iguais, mas alguns são mais iguais do que os outros”. Lembra o autor como os porcos – apesar de pregarem uma suposta igualdade – na prática haviam se tornado uma casta elitista e excludente após algum período de ascensão ao poder na fazenda.

A igualdade material, mais adequada, é bem definida nas palavras de Nelson Nery Jr.⁶, para quem “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. Já Boaventura de Souza Santos⁷ leciona que “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.

De acordo com Flavia Piovesan⁸, ainda, é “insuficiente tra-

6 NERY JR, Nélon. *Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42. No mesmo sentido: “devendo a igualdade ser interpretada não a partir da sua restrita e irreal acepção oriunda do liberalismo, que apenas considerava a igualdade no sentido formal – no texto da forma – mas devendo ser interpretada com uma igualdade material – igualdade no texto e na aplicação na norma – impondo tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais. (LOPES, Ana Maria D’Ávila. Gênero, discriminação e tráfico internacional de mulheres. Estudos sobre a efetivação do direito na atualidade: a cidadania em debate. Organizadora: Lília Maia de Moraes Sales. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2006., p. 11). E, segundo Uadi Lammego Bulos “O Pretório Excelso apontou o tríplice objetivo do pórtico da isonomia: limitar o legislador, o intérprete (autoridade pública) e o particular [...] Realmente, a diretriz da igualdade limita a atividade legislativa, aqui tomada no seu sentido amplo. O legislador não poderá criar normas veiculadoras de desigualdades abusivas, ilícitas, arbitrárias, contrárias à manifestação constituinte de primeiro grau. A autoridade pública, por sua vez, também está sujeita ao ditame da isonomia. Um magistrado, e.g., não poderá aplicar atos normativos que virem situações de desigualdade. Cumpre-lhe, ao invés, banir arbitrariedades ao exercer a jurisdição no caso litigioso concreto. Daí a existência dos mecanismos de uniformização da jurisprudência, tanto na órbita constitucional (recursos extraordinário e ordinário) como no campo infraconstitucional (legislação processual). O particular, enfim, não poderá direcionar a sua conduta no sentido de discriminar os seus semelhantes, através de preconceitos, racismo ou maledicências diversas, sob pena de ser responsabilizado civil e penalmente, com base na Constituição e nas leis em vigor (...) O raciocínio que orienta a compreensão do princípio da isonomia tem sentido objetivo: aquinhoar igualmente os iguais e desigualmente as situações desiguais” (BULOS, Uadi Lammego. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2002, pags. 771/79).

7 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

8 PIOVESAN, Flavia. Proteção de direitos humanos sob as perspectivas de raça, etnia, gênero e orientação sexual. Perspectivas do constitucionalismo bra-

tar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata”, refutando as individualidades e condições de cada pessoa perante sua comunidade. Tal constatação, muitas vezes visto pela equivocada generalização trazida pela própria lei, não é compatível com a humanização individual proposta em um Estado Democrático de Direito.

A abordagem legislativa e jurídica-processual da desigualdade, assim, deve ser voltada para sua minimização, evitando distorções posicionais ou situacionais que resultem em graves injustiças.

Analisar todo o tratamento que o ordenamento jurídico dá a situações desiguais com o objetivo de diminuir o descompasso materialmente existente – em cumprimento aos referidos preceitos constitucionais –, porém, é tarefa extremamente complexa, não passível de ser atingida apenas neste artigo.

Baseando-se nos escritos de Rawls em seus livros *Uma Teoria da Justiça* e *Liberalismo Político*, o corte metodológico e escopo deste projeto se limitará a análise da expressão de tais doutrinas em algumas normas do novo Código de Processo Civil de 2015 que (re) nivelam a posição do juridicamente vulnerável no âmbito processual, cumprindo uma função de reequilíbrio processual ao aplicar a lógica da diferenciação de tratamento para os desiguais (cumprindo o vetor de igualdade constitucionalmente proposto).

2 JOHN RAWLS: DA RESSURREIÇÃO DA TEMÁTICA DA TEORIA DA JUSTIÇA ÀS CRÍTICAS. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE IGUALDADE NO LIBERALISMO POLÍTICO. JUSTIÇA DISTRIBUTIVA *A POSTERIORI* DESDE QUE VANTAJOSA PARA TODOS. INTERVENÇÃO DAS INSTITUIÇÕES PARA CORREÇÃO DAS DESIGUALDADES

Nascido na cidade de Baltimore, nos Estados Unidos, John

sileiro à luz dos sistemas global e regional de proteção. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fernandes; CARDOSO, Simone Tassinari (Org.). *Direitos Fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 37.

Rawls⁹ (1921 a 2002) foi o professor de filosofia política com maior repercussão na Teoria da Justiça no último século, ressuscitando¹⁰ o tema que tinha arrefecido após as obras de Kant, ainda no século XVIII.

Rawls lecionou na Universidade de Harvard e é autor de diversos livros, entre os quais se destacam o “Uma Teoria da Justiça”, de 1971 – escrito no contexto de um tenso clima de Guerra Fria,

9 Nasceu em 21 de fevereiro de 1921 em Baltimore, no Estado de Maryland, na região nordeste dos Estados Unidos. Seus pais eram Willian Lee Rawls (1883-1946) e Anna Abell Rawls (nascida como Anna Abell Stump, 1892-1954) e John Rawls foi o segundo de seus cinco filhos. O interesse de Rawls por questões sociais começa devido ao envolvimento de sua mãe com o movimento feminista e com a constatação de que a grande população negra de Baltimore vivia em condições muito diferentes da população branca. Além disso, Rawls também teve contato com os brancos pobres da região do Maine, onde a família costumava passar as férias. Em 1943, Rawls é admitido na Universidade de Princeton, posteriormente Rawls é convocado pelas forças armadas para combater na Segunda Guerra Mundial e, após um período de treinamento na infantaria, é enviado para o Pacífico por dois anos, onde serviu em Nova Guiné, nas Filipinas e quatro meses nas forças que ocuparam o Japão. Rawls desiste de seguir a carreira no exército, saindo em 1946, ano em que começa seus estudos de graduação em filosofia, novamente na Universidade de Princeton. Enquanto completa sua tese, Rawls conhece sua futura esposa Margaret (Mardy) Warfield Fox (1927-), caloura na Universidade de Brown. Mardy dedicou-se à arte e à história, e exerceu um papel ativo no trabalho de Rawls, sempre o ajudando em todos os passos de suas publicações. Com Mardy, Rawls teve quatro filhos. Em 1953 Rawls começa a elaborar sua ideia de justificar princípios morais de acordo com um processo deliberativo construído para este fim. Em Oxford, 1953, Rawls foi nomeado como professor assistente na Universidade de Cornell, onde também foi, em 1956, nomeado como professor efetivo. É na Universidade de Cornell que Rawls se torna editor do famoso jornal *Philosophical Review*. Neste mesmo ano o MIT lhe oferece uma vaga de professor efetivo. Rawls aceita, mas acaba se envolvendo com atividades muito burocráticas relacionadas com a formação da área de humanidades da universidade” (RICHARDSON, Henry & WEITHMAN, Paul. *Development and Main Outlines of Rawls’s Theory of Justice*. Tradução de Walter Valdevino Oliveira Silva. *Philosophy of Rawls*, Volume 1. New York: Garland Publishing, 1999).

10 No século XX, quando a filosofia do Direito parecia esquecida, o filósofo político americano, John Rawls (1921 – 2001), ressuscita a Filosofia Política ao publicar *Uma Teoria da Justiça* (1971) e *Os Direitos dos Povos* (1999). Rawls apresenta sua teoria política como a justiça, igualdade e liberdade acima de tudo, como valores fundamentais do estado, pois o sistema deve trabalhar para favorecer o mais desigual e promover a equidade, para ele “na justiça como equidade, o entendimento da unidade social parte de uma concepção da sociedade como um sistema de cooperação de pessoas livres e iguais” (FUCUHARA, Leticia Regina dos Santos Rodrigues. O desenvolvimento da moral e o agir comunicativo: análise da moral Kohlberguiana para o direito internacional em Habermas. VI Simpósio do Núcleo de Filosofia Kantiana Contemporânea e III Colóquio Teorias da Justiça - Kantismo e Direito Internacional. https://0201.nccdnet/1_2/000/000/160/b45/Anais---VI-simp-sio-do-n--cleo-de-filosofia-kantiana-con-tempornea-e-III-col-quio-teorias-da-justi-a---kantismo-e-direito-internacional.pdf, acesso em 08/12/21).

luta por igualdade racial e Guerra do Vietnã, tendo sua obra sofrido considerável influência de tais eventos históricos – e o “Liberalismo Político”, de 1997, sendo o último uma reformulação parcial de suas conclusões após reflexão sobre as críticas que havia recebido.

É impossível esgotar, nesse breve esboço teórico, a totalidade de ideias (ainda que resumidas) de John Rawls, já que seus complexos escritos apresentam uma gama extensa de proposições – que evoluem com o tempo – e que exigem uma abordagem científica mais profunda, inadequada de ser realizada neste curto trabalho.

Para os fins aqui propostos, limitaremos a análise de partes da obra de Rawls que demonstram sua visão sobre a função redistributiva do Estado¹¹, especialmente sobre a forma que ela contribui para uma melhoria para todos. Para esta ideia, as instituições corrigiriam – *a posteriori* – as distorções existentes em uma sociedade para garantir, por exemplo, a adequada contribuição de todos para um bem maior que beneficiasse a todos (como na cobrança de uma alíquota proporcionalmente maior do Imposto de Renda para aqueles com maiores rendimentos).

Contrapondo-se a Jeremy Bentham e a John Stuart Mill, o objetivo inicial de Rawls no *Uma teoria da justiça* era representar uma alternativa ao utilitarismo, buscando uma justiça por equidade¹².

São dois os alicerces da teoria Rawlsiana: a liberdade e igualdade (ou, se preferir “não diferença”). A liberdade garante o exercício adequado da cidadania, permitindo, entre outros, a liberdade de reunião, de voto, e de expressão. Esse primeiro princípio – provavelmente pela influência da cultura e ideias norte-americanos nas obras do referido autor, que historicamente têm um vínculo de relevância e proximidade com a liberdade – antecede o segundo. Segundo Rawls¹³:

11 Todos os valores sociais, liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da auto-estima, devem ser distribuídos igualmente a não ser que uma distribuição desigual de um ou todos esses valores traga vantagens para todos (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 66).

12 JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 480.

13 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 8

Esses princípios devem obedecer a uma ordenação serial, o primeiro antecedente o segundo. Essa ordenação significa que as violações das liberdades básicas iguais protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens econômicas e sociais

O segundo princípio, contudo, é de maior importância para este artigo. Sobre ele, ensinam com propriedades os Professores Tatiana Mascarenhas Karninke e Geovany Cardoso Jevaux¹⁴, para quem:

[...] ainda na “Theory”, Rawls concebe justiça como equidade, elaborando proposta inovadora de justiça igualitária fundamentada em dois princípios: o de igual liberdade entre as pessoas (*equal liberty principle*) e, ao mesmo tempo, o respeito à diferença. Rawls preconiza uma sociedade justa com base em dois pressupostos. O primeiro consiste na igualdade plena de oportunidade a todos ou equidade plena. O segundo constitui-se nos benefícios consecutivos dessa sociedade justa distribuídos, com preferência, aos integrantes menos privilegiados da sociedade, uma vez que, para a concretização da justiça social, é imprescindível amparar os desvalidos. Segundo sua teoria, para uma sociedade ser justa, é necessário que se diminuam as diversas formas de desigualdades, sendo para tanto, indispensável e necessária a adoção de ações afirmativas em favor de minorias”.

Fica evidente que, para a teoria Rawlsiana (baseada em uma justiça distributiva-equitativa) a igualdade não seria realizada na essência do ato. Não haveria injustiça nas pessoas serem desiguais em decorrência de seu nascimento, talento, desenvolvimento, cultura, sexo, raça, origem, questão remuneratórias, etc, mas sim na forma como as instituições tratam tais diferenças, de maneira que o Estado não agiria para alterar tais desigualdades *ab initio*: ele atuaria, *a posteriori*, redistribuindo e corrigindo distorções que causem injustiças.

Essa é a compreensão que pode se retirar, por exemplo, do seguinte trecho do *Uma Teoria da Justiça* de Rawls¹⁵:

14 JEVEAUX, Geovany Cardoso; KARNINKE, T. M. A Teoria de Justiça de John Rawls, ações afirmativas e o ativismo judicial por meio do supremo tribunal federal. *Argumentum (UNIMAR)*, v. 21, p. 295-313, 2020.

15 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 109

Espera-se demonstrar que a distribuição inicial não é justa nem injusta e que também não é injusto que as pessoas nasçam em alguma situação particular na sociedade. Esses são considerados como simples fatos naturais. O que é justo ou injusto é a forma como as instituições lidam com esses fatos.

Lecionando sobre Justiça Distributiva em Rawls, ensina Thadeu Weber¹⁶ que “ao explicitar a concepção de igualdade da justiça como equidade, o autor salienta a necessidade de regulamentar as desigualdades econômicas e sociais. Isto porque não é justo que alguns sejam amplamente providos e outros passem fome e padeçam de doenças tratáveis. Ter o suficiente para a satisfação das necessidades básicas é o mínimo que se espera de uma sociedade cooperativa justa”.

John Rawls sempre tentou dialogar com seus críticos, fazendo inúmeros seminários e buscando ouvir as propostas de mudança em sua teoria. Nos debates que sucederam o *Uma teoria da justiça*, assim, Rawls compilou vários de seus escritos e, finalmente, trouxe alterações importante ao conceito inicial de igualdade proposto em 1971, avançando para acrescentar que as instituições devem garantir tais igualdade. O quadro abaixo explica a mudança conceitual:

<i>Uma Teoria da Justiça (1971)</i>	<i>Liberalismo Político (1997)</i>
Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posição e cargos acessíveis a todos	Primeiro. cada pessoa tem igual direito a um esquema plenamente adequado de iguais direitos e liberdades básicos, sendo cada esquema compatível com o mesmo esquema para todos; e, neste esquema, as iguais liberdades políticas, e apenas essas devem ter seu justo valor garantido. Segundo. 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

16 WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 217.

Por fim, além de deslocar a justiça como equidade do ramo da filosofia moral para o âmbito da filosofia política, revendo, portanto, o campo de aplicação da teoria, outra mudança substancial feita por Rawls no Liberalismo Político foi a inserção de imprescindibilidade de um ambiente democrático para se realizar qualquer debate sobre Teoria da Justiça.

Essa sucinta reunião parcial de ideias de Rawls propõe apenas situar o leitor em relação a algumas ideias gerais do referido autor para melhor compreensão da finalidade deste artigo. Certamente há perda científica inestimável no resumo do trabalho de Rawls em tão poucas palavras¹⁷. Espera-se, entretanto, que as poucas ideias aqui propostas sejam suficientes para compreensão de como a visão de tal filósofo influencia em modernas dogmáticas processuais na escolha de técnicas para tutela de vulneráveis, conforma passamos a expor.

3 CONCEITO DE TÉCNICAS PROCESSUAIS. UM SISTEMA DE CÓDIGOS PARA TUTELA DO VULNERÁVEL. AS TÉCNICAS PROCESSUAIS RELATIVAS AO VULNERÁVEL. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E EVOLUÇÃO DO CPC/73 AO CPC/15

A conceituação do termo “técnicas processuais especiais” ainda é questão tormentosa na doutrina. A ideia por traz de sua especialização está na busca, em cada caso concreto, do melhor instrumento processual para efetivação do direito material. Nesse sentido é a visão de Aroldo Plínio Gonçalves¹⁸ para quem “a noção geral da técnica é do conjunto de meios adequados para a consecução dos

17 Rawls, por exemplo, trabalha o tema da justiça enquanto procedimento, fazendo uma abordagem sobre a necessidade de se seguir tal procedimento. Apesar da semelhança terminológica (procedimental, especialmente), tal análise foge à matéria aqui abordada. Sobre o tema, porém, necessária a leitura de RICOEUR, Paul. À propósito de uma Teoria da Justiça de John Rawls. Em: *O justo 1: É possível uma teoria puramente procedimental de justiça?* A propósito, veja-se Rawls, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

18 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 16.

resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades”. Carlos Alberto Alváro de Oliveira¹⁹, por sua vez, entende que “a técnica jurídica visa ao conjunto dos meios e procedimentos para garantir a realização das finalidades gerais ou particulares do direito”.

Partindo dos estudos da década de 70 de Andrea Proto Pisani sobre procedimentos especiais²⁰, a doutrina evoluiu para aceitação de técnicas como mecanismos próprios e, hoje, já cita como exemplos clássicos de técnicas processuais especiais a tutela provisória de urgência, cautelar ou satisfativa, a tutela de evidência, a sentença parcial, a ampliação ou redução de prazos processuais, a limitação de cognição, etc. Aliás, conforme estabelecem Rodrigo Reis Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves²¹, a própria técnica de adaptabilidade do procedimento (art. 139, I, art. 327, §1º, do CPC), que permite a importação de técnicas entre vários procedimentos, é uma técnica processual.

Dentro dessa abrangência conceitual, alguns autores entendem que até procedimentos especiais podem ser técnicas. Essa é a visão de Luiz Guilherme Marinoni²², que defende que “não há como confundir *técnica processual com procedimento*. O procedimento é *uma espécie* de técnica processual destinado a permitir a tutela dos direitos” (os destaques estão na versão original do texto).

As técnicas processuais, por sua vez, ganharam maior relevância no estudo comparado entre o Novo Código de Processo Civil

19 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática de tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 78.

20 A referência do trabalho feito no âmbito dos procedimentos especiais por Andre Proto Pisani é feita por Fredie Didier Jr., Antônio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha no livro “Por uma nova teorida dos Procedimentos Especiais. Dos procedimentos às técnicas” (in DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Juspodivm, p. 27. 2018, 1ª. ed.)

21 Nesse sentido: MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Visão geral dos procedimentos especiais no novo código de processo civil. In: BUENO, Cássio Scarpinella (org). *PRODIREITO*: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1. Porto Alegre: Artmed Panamericana 2015, p. 111.

22 MARINONI, Luís Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva dos direitos fundamentais. Tópico 8.1. Técnica processual e procedimento adequado. O artigo original está disponível gratuitamente no site <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/prof-marinoni-marinoni-o-direito-%c3%80-tutela-jurisdicional-efetiva-na-perspectiva-da-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>, acesso em 21/12/2021.

de 2015 e o antigo Código de Processo Civil de 1973, quando houve a autorização expressa para transposição de técnicas (que estavam presas a fases de procedimentos do *Codex* anterior) como elementos que podem ser utilizadas em vários outros ritos, especialmente no procedimento comum²³.

Estabelecida tal conceituação, necessário ressaltar que – ao menos nas legislações da primeira metade do século XX – a lei processual pouco se preocupava com o vulnerável, aparentemente partindo da preconcepção (ao mesmo tempo ingênua e utópica) de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*, da CF/88), em evidente desatenção às condições pré-

23 Sobre o transporte de técnicas, lecionam os professores Rodrigo Reis Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves que “[...] técnicas processuais especiais podem estar moldadas a partir de determinadas modelos advindos do direito material, fazendo com que a análise de seu transporte envolva mais complexidade do que o traslado das técnicas processuais de natureza geral, isto é, aquelas inseridas no procedimento padrão, cujo mote de compatibilidade estará voltado provavelmente apenas ao direito processual. As técnicas processuais gerais comumente permitirão transferências com embaraços menores, pois inseridas em procedimento padrão, ambiente em que há presunção de direito material neutro, justamente para permitir que o procedimento modelo possa servir a mais hipóteses, ao revés do procedimento especial em que o legislador faz limitações prévias, sendo que algumas das escolhas estarão guiadas pelo direito material”. (MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento de sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. Temas atuais e controvertidos. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2020. p. 27, os destaques não constam na versão original). Os autores voltam ao tema, com a mesma propriedade, na página 32, quando esclarecem que “A partir de exemplos de transportes de técnicas especiais, em que o exame de compatibilidade é mais complexo, ratifica-se a ideia já antecipada de que aquelas postadas no procedimento padrão terão mais facilidade no traslado, pois são figuras com desenho de baixa (senão nula) influência de direito material. Na verdade, as técnicas processuais de natureza padrão são standards criados abstratamente para aplicação genérica e, por isso, com proposital incompletude na legislação quanto ao seu campo de incidência. De modo diferente, as técnicas processuais presentes no ambiente dos procedimentos especiais poderão ter a sua arquitetura forjada pelo direito material, influenciando-as, inclusive com graus de intensidade. Isso significa que o transporte das técnicas processuais previstas no procedimento padrão é muito mais fluido do que ocorre com as técnicas processuais inseridas em procedimentos especiais, pois estas se sujeitam a graus de especificidade a partir do direito material. Perceba-se, no ponto, que a técnica de tutela provisória do procedimento padrão (art. 294 e seguintes) para ser utilizada não reclama vinculação íntima com o direito material que é fundamento da ação, situação diversa do que ocorre na técnica de tutela provisória especial da posse (art. 562), que somente poderá ser invocada se atrelada ao direito material a que está vinculada (posse de força nova)” (os destaques também não constam no texto original).

-existentes ao litígio²⁴.

Mais recentemente, porém, os processualistas começaram a rever a ideia de igualdade formal supostamente trazida pela legislação, buscando, em verdadeiro giro hermenêutico-constitucional, fundamentos para justificar a adoção de técnicas, procedimentos e artifícios subjetivamente adequados ao vulnerável.

Júlio Camargo de Azevedo²⁵, em sua tese de dissertação do mestrado intitulada “Tutela jurisdicional adequada às pessoas em situação de vulnerabilidade” conclui pela normatização constitucional do tema nas seguintes palavras:

São fundamentos normativos da adequação da tutela jurisdicional a favor de indivíduos vulneráveis, a garantia fundamental de inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXV), a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/1988; art. 8º do CPC/2015), a cláusula constitucional antidiscriminação (art. 3º, IV), os mandamentos de flexibilização contidos nos tratados internacionais de direitos humanos e as 100 regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condições de Vulnerabilidade

Em âmbito infraconstitucional, concepções de desigualda-

24 Apesar de serem situações completamente diferentes, já que Rawls parte de uma utopia baseada no véu da ignorância, necessário fazer aqui uma breve remissão à ideia de posição original para Rawls. Segundo William Tito Schuman Marinho: A posição original é apresentada como artifício hipotético e heurístico de representação, verdadeiro experimento do pensamento, e a sua construção é analisada segundo suas categorias próprias. Em linhas gerais, é ela uma situação hipotética de liberdade igual (definição) sobre o justo no status quo que, semelhante ao estado de natureza do contrato social (fundamento filosófico), assegura que pessoas livres e iguais (pressupostos), de forma racional, na condição de representantes dos cidadãos de uma sociedade bem-ordenada, sob um véu de ignorância (característica), escolham certa concepção de justiça, com a finalidade de chegar a um consenso sobre os princípios de justiça para a regulação, na cooperação entre todos, da estrutura básica da sociedade (MARINHO, William Tito Schuman. *A concepção da posição original na filosofia de John Rawls: Uma reconstrução histórico-filosófica até A theory of justice*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Filosofia, da Escola de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, da Universidade Federal de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Filosofia, 2013, disponível em <http://vml029.epm.br/bitstream/handle/11600/39318/Publico-39318.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, acessado em 20/12/2021)

25 AZEVEDO, Júlio Camargo de. *Tutela jurisdicional adequada às pessoas em situação de vulnerabilidade*. Universidade de São Paulo: São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24072020-153708/pt-br.php>, acesso em 22/12/21.

des materiais são pontualmente estabelecidas pelo legislador, como em dispositivos do Código de Defesa do Consumir (lei nº. 8.078/90, sendo expressamente destacada, por exemplo, no art. 4º, I, do referido Código), do Estatuto do Idoso (lei nº. 10.741/03), da Lei Maria da Penha (lei nº. 11.340/06), do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº. 8.069/90), do Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei nº. 13.146/15), da lei de Migração (lei nº. 13.445/15), etc. Assim como corpos celestes gravitando ao redor do sol, criou-se um conjunto de Códigos independentes que tratam, à sua maneira, do seu vulnerável, com fundamento constitucional.

Especificamente em relação a legislação processual, os códigos timidamente reconheciam o fato de que muitos dos envolvidos em um processo não possuem, faticamente, economicamente, etc., os mesmos poderes e capacidades na sociedade, trazendo algumas tentativas de renivelamento das partes e intervenientes.

Ainda na égide do *Codex* processual de 1973, algumas técnicas já eram previstas para minimizar o descompasso de poder existente entre os litigantes. Abaixo, citamos algumas em ordem topográfica:

A lei nº. 11.280/06 inseriu o parágrafo único no art. 112 prevendo que a nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, poderia ser declarada de ofício pelo juiz, garantindo que o contratante vulnerável pudesse participar de forma adequada do processo;

O art. 302, parágrafo único, em sua redação original, estabelecia a desnecessidade de impugnação específica dos fatos contidos na petição inicial para o curador especial, permitindo que o réu ausência (juridicamente vulnerável) possa se defender, ainda que de forma ficta, evitando a presunção de veracidade do alegado pelo autor;

Estabeleciam os art. 982, §2º, e art. 1.124-A, §3º, que alguns atos, como a “escritura e demais atos notariais”, deveriam ser gratuitos aos pobres, permitindo um tratamento paritário entre aqueles que não tem condições de pagar as custas e taxas de tal ato, com aqueles que, por seu poderio econômico, conseguem fazê-lo.

O novo CPC, por outro lado – mantendo e fazendo evoluir várias das adaptações do CPC anterior –, traz uma gama de previsões modernas e inovadoras de técnicas processuais passíveis de

beneficiar o vulnerável. Abaixo, destacamos algumas de maior evidência:

Adaptação subjetiva de prazos processuais ou ordem de produção de provas, consoante art. 139, VI, que garante, por exemplo, a possibilidade de exercício do contraditório por pessoa vulnerável que precisa de maior prazo para contestar uma ação ou o adiantamento na realização de uma prova – durante um processo regular – para pessoa em risco de vida;

Distribuição dinâmica do ônus das provas, prevista no art. 373, §1º, que autoriza a mudança de regra geral do ônus de produção das provas pelo autor em situações de vulnerabilidade, como em alguns casos de relações trabalhistas;

A previsão de realização de atos jurisdicionais em locais diversos do fórum, conforme autorização do art. 751, §1º, permitindo que uma pessoa com deficiência, por exemplo, seja ouvida sem necessidade de deslocamento às instituições próprias do sistema de Justiça;

Destaca-se dessas técnicas também a positivação na legislação-processual de disposições relativas ao prazo em dobro da Defensoria Pública, a necessidade de sua intimação pessoal do Defensor Público e a possibilidade de se determinar a intimação da parte para atender a determinada providência que só possa ser por ela realizada; garantias de proteção ao juridicamente vulnerável que é defendido pela referida instituição (art. 186 e seus parágrafos 1º e 2º)²⁶.

Considerando tais exemplos, faremos abaixo a correlação entre a fórmula proposta por Rawls e quais premissas teóricas de tal autor podem ser compreendidas como idealizadoras dessas técnicas compensatórias.

4 CONCEITO DE VULNERÁVEL. UM PROCESSO SUBJETIVAMENTE ADEQUADO AO JURIDICAMENTE VULNERÁVEL COMO APROXIMAÇÃO DA TEO-

26 Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.

§ 1º O prazo tem início com a intimação pessoal do defensor público, nos termos do art. 183, § 1º. § 2º A requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada.

RIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS. A ADAPTAÇÃO PROCESSUAL-CONSTITUCIONAL NECESSÁRIA À JUSTIÇA ENQUANTO EQUIDADE (DISTRIBUTIVA).

Contando com a contribuição da Associação Iberoamericana de Ministérios Públicos, da Associação Interamericana de Defensorias Públicas, da Federação Iberoamericana de Ombudsman, da União Iberoamericana de Colégios e Associações de Advogados, a 14^a (décima quarta) Conferência Judicial Ibero-Americana²⁷ definiu vulnerável da seguinte forma:

Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, género, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, económicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercer com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o género e a privação de liberdade. A concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e económico.

Pelo seu alcance, essa é a definição mais completa do termo dentre as pesquisas ora realizadas²⁸ e é a partir dela que se buscará um possível alinhamento da Justiça distributiva de Rawls para esses vulneráveis no âmbito processual civil²⁹.

27 CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, XIV, 2008, Brasília. Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Brasília: Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos, 2008. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em 21/12/2021.

28 Para uma adequada compreensão da teoria crítica do reconhecimento, cf. MATTOS, Patrícia de Castro. *A sociologia política do reconhecimento*. As contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. São Paulo: nablume, 2006.

29 É necessário estabelecer toda a abrangência semântica do termo “necessitado” (previsto no caput do art. 134 da CF/88, por exemplo) que, para os fins do presente trabalho, compreenderá o juridicamente vulnerável o economicamente vulnerável, e, enfim, vários outros hipossuficientes processuais.

Feito tal registro, parece evidente que uma adequação procedimental de forma a permitir maior igualdade (material) de tratamento entre as partes envolvidas em um processo judicial garantirá uma decisão final mais suscetível de ser adequadamente influenciada (princípio do contraditório recíproco) pelos envolvidos.

Isto é, somente através de técnicas (i) de renivelamento paritário, (ii) para garantia de acesso à justiça, (iii) para garantia de exercício do contraditório, (iv) para participação processual de forma adequada – além de várias outras não passíveis de previsão exaustiva –, é que se poderá tentar devolver ao vulnerável as condições adequadas para litigar de forma menos injusta em um processo.

Aqui é que entra o raciocínio de John Rawls³⁰. Tais técnicas devem objetivar “que as desigualdades existentes devam efetivamente beneficiar os menos favorecidos. Caso contrário, as desigualdades não são permissíveis”. No mesmo sentido, Alcino Eduardo Bonella³¹ defende que “Rawls exige que haja benefícios para os menos favorecidos de maneira que o mecanismo social funcione para o bem de todos e em especial para o bem dos desfavorecidos”.

Rawls³² volta ao tema em seu *Justiça e Democracia*, novamente sustentando que “é claro que os princípios primeiros da teoria da justiça como equidade não convêm a uma teoria geral desse gênero. Seus princípios requerem [...] que a estrutura básica estabeleça certas liberdades básicas iguais para todos e garanta que as desigualdades econômicas e sociais conduzam para a maior vantagem dos mais desfavorecidos, no âmbito de uma justa igualdade das oportunidades [...]”.

E, por fim, correlacionando essa “não diferença” à liberdade, no próprio *Liberalismo Político*³³, Rawls estabelece que:

- a) a garantia do valor equitativo das liberdades políticas, de modo que não se tornem puramente formais; b) igualdade equitativa (e, de novo, não meramente formal) de oportunidades; e c) o denominado princípio de diferença, segundo o qual as

30 RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 90/91.

31 BONELLA, Alcino Eduardo. *Liberalismo político igualitário*. Dissertatio, v. 34, p. 231-252, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8703>. Acesso em 22/12/21.

32 RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 7-8:

33 RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 07.

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

desigualdades sociais e econômicas associadas a cargos e posições devem ser ajustadas de tal modo que, seja qual for o nível dessas desigualdades, grande ou pequeno, devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade.

Ora, se a utilização de técnicas processuais para adequada tutela dos vulneráveis redundar em um benefício maior para a sociedade – já que permite ao magistrado trazer um resultado mais justo ao processo –, então é possível que a linha mestra de Justiça distributiva de Rawls seja sempre utilizada como parâmetro para um processo subjetivamente adaptado.

Na conclusão de seu primoroso “A tutela do vulnerável no processo adversarial”, o Prof. Patrick Souto³⁴ leciona que:

Não se pode admitir que vitórias e derrotas sejam determinadas pela fragilidade da parte. Caso contrário, a vulnerabilidade processual seria capaz de comprometer a própria legitimidade da jurisdição.

O Código de Processo Civil não se mostra indiferente a essas preocupações. As técnicas processuais aqui tratadas, inspiradas naqueles princípios fundamentais, com destaque para a questão da gratuidade de justiça, Defensoria Pública, regras de fixação de competência, deveres do juiz na condução do processo e distribuição dinâmica das cargas probatórias, são importantes, mas não suficientes para garantir uma relação processual adequada ao vulnerável e, de tal sorte, atender os preceitos do formalismo-valorativo.

[...]

O retorno à retórica como caminho para solução dos problemas da vulnerabilidade processual identificados in concreto viabiliza a flexibilização procedimental na medida certa. Essa é a tônica firmada pela juridicidade no processo e que orienta a tutela do vulnerável, promovendo o acesso adequado à justiça por meio de técnicas capazes de adequar o procedimento às limitações subjetivas dos sujeitos parciais da relação, não apenas, como de costume, ao direito material em disputa. Reclama-se, portanto, a consagração de verdadeiras técnicas processuais afirmativas como medidas compensatórias da fragilidade da parte quanto ao exercício de direitos e prerrogativas

34 SOUTO, Patrick. *A tutela do vulnerável no processo adversarial: técnicas do código de processo civil e a adequada promoção de acesso à justiça*. São Paulo/SP, Dialética, 2021, p. 179-180.

processuais, medidas capazes de potencializar a participação do vulnerável no procedimento e contribuir, sobremaneira, para o adequado acesso à justiça.

Naturalmente, na divergência entre a liberdade e a igualdade, o segundo pode reequilibrar eventuais desigualdades trazidas pelo primeiro³⁵, permitindo, em âmbito processual, uma adequada redistribuição das forças e poderes processuais como modo de garantir que o vulnerável não seja injustiçado apenas por, faticamente, começar – ou se encontrar durante o processo – em uma posição inerentemente mais frágil por sua condição hipossuficiente.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática de tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008;

AZEVEDO, Júlio Camargo de. *Tutela jurisdicional adequada às pessoas em situação de vulnerabilidade*. 2019. Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24072020-153708/pt-br.php>, acesso em 22/12/2021;

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. ALMEIDA, Guilherme Assis de.

35 São esses princípios os reguladores de toda atividade institucional que vise distribuir direitos e deveres, benefícios e ônus. O primeiro princípio define as liberdades, enquanto o segundo princípio regula a aplicação do primeiro, corrigindo as desigualdades. Sendo impossível erradicar a desigualdade entre as pessoas, o sistema institucional deve prever mecanismos suficientes para o equilíbrio das deficiências e desigualdades, de modo que estes se voltem em benefício da própria sociedade. (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 395)

Curso de filosofia do direito. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005;

BONELLA, Alcino Eduardo. Liberalismo político igualitário. *Dissertatio*, v. 34, p. 231-252, 2011. Disponível em: https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/artic_le/view/8703. Acesso em 22/12/21.

BULOS, Uadi Lammego. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2002;

CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, XIV, 2008, Brasília. *Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade*. Brasília: Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos, 2008. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>;

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm.

FUCUHARA, Leticia Regina dos Santos Rodrigues. O desenvolvimento da moral e o agir comunicativo: análise da moral Kohlberguiana para o direito internacional em Habermas. VI Simpósio do Núcleo de Filosofia Kantiana Contemporânea e III Colóquio Teorias da Justiça - Kantismo e Direito Internacional. https://0201.nccdn.net/1_2/000/000/160/b45/Anais---VI-simp--sio-do-n--cleo-de-filo-so-fia-kantiana-con-tempornea-e-III-col--quio-teorias-da-justi-a---kantismo-e-direito-in-ternacional.pdf, acesso em 08/12/21.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

JEVEAUX, Geonavy Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

JEVEAUX, Geovany Cardoso; KARNINKE, T. M. A Teoria de Justiça de John Rawls, ações afirmativas e o ativismo judicial por meio do supremo tribunal federal. *Argumentum* (UNIMAR), v. 21, 2020.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Gênero, discriminação e tráfico internacional de mulheres. Estudos sobre a efetivação do direito na atualidade: a cidadania em debate. Organizadora: Lília Maia de Moraes Sales. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2006.

MARINHO, William Tito Schuman. *A concepção da posição original na filosofia de John Rawls: Uma reconstrução histórico-filosófica até A theory of justice*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Filosofia, da Escola de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, da Universidade Federal de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Filosofia, 2013, disponível em <http://vml029.epm.br/bitstream/handle/11600/39318/Publico-39318.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, acesso em 20/12/2021.

MARINONI, Luís Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva dos direitos fundamentais*. Tópico 8.1. Técnica processual e procedimento adequado. O artigo original está disponível gratuitamente no site <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/prof-marinoni-marinoni-o-direito-%c3%80-tutela-jurisdicional-efetiva-na-perspectiva-da-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>, acesso em 21/12/2021.

MATTOS, Patrícia de Castro. *A sociologia política do reconhecimento: as contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser*. São Paulo: Annablume, 2006.

MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento de sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Processo de Execução e Cumprimento de Sentença: temas atuais e controversos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Visão Geral dos Procedimentos Especiais no Novo Código de Processo Civil. In: BUENO, Cássio Scarpinella (org). *PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1*. Porto Alegre: Artmed Panamericana 2015.

NERY JR, Néelson. *Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999;

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

ORWELL, George. *A revolução dos bichos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

PIOVESAN, Flavia. Proteção de direitos humanos sob as perspectivas de raça, etnia, gênero e orientação sexual. Perspectivas do constitucionalismo brasileiro à luz dos sistemas global e regional de proteção. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fernandes; CARDOSO, Simone Tassinari (Org.). *Direitos Fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

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

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RICHARDSON, Henry & WEITHMAN, Paul. *Development and main outlines of rawls's theory of justice*. Tradução de Walter Valdevino Oliveira Silva. Philosophy of Rawls, Volume 1. New York: Garland Publishing, 1999;

RICOEUR, Paul. À propósito de uma Teoria da Justiça de John Rawls. Em: *O justo I: é possível uma teoria puramente procedimental de justiça? A propósito de Uma teoria da Justiça de John Rawls*. 1ª ed. Tradução brasileira de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008;

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Juez Cirino dos. *A Criminologia da repressão*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

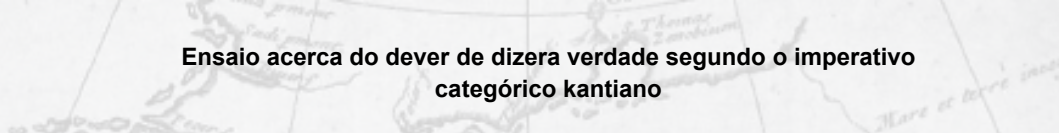
SILVA, Fernando Muniz. *Princípio da igualdade*. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-principio-da-igualdade/>, acesso em 20/12/21.

SOUTO, Patrick. *A tutela do vulnerável no processo adversarial: técnicas do código de processo civil e a adequada promoção de Acesso à Justiça*. São Paulo: Dialética, 2021.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad.: Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis: Vozes, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5.ed. Trad. Vânia Romano e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.



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

As críticas de Otfried Höffe ao positivismo kelseniano

Ramon Henrique Santos Fávero

1 INTRODUÇÃO

Desde Aristóteles, diversos foram os filósofos que tentaram explicar o conceito de justiça e levantar sua utilidade para o direito e para o estado. Aristóteles desenvolvendo seu conceito de “*phronesis*” enquanto sabedoria prática e de “*dikaiosynê*” decorrente da racionalidade prática exercida no contexto da *pólis*; São Tomás de Aquino com sua “*intentio*” de agir racionalmente com base no que identifica o fim, uma razão contemplativa do etéreo; também Hume, cuja premissa era de que as ações eram motivadas pela dor ou prazer, com sua concepção de justiça patrimonial, focada na propriedade. Também Bentham, Stuart Mill e Kant se detiveram numa teoria da justiça e mesmo Kelsen, ao dizer que o direito não deixa de ser válido por ser injusto.

Otfried Höffe, filósofo e professor alemão, nascido em 12 de setembro de 1943 e ainda vivo, também se debruçou sobre o tema da justiça, nominando sua teoria de “Justiça Política”, que, como se verá, pretende imputar um olhar moral sobre o direito e o estado.

Neste trabalho, busca-se analisar o conceito de justiça política cunhado por Hoffe, as características dessa teoria assim como seus principais objetivos, colocando-a em posição intermediária entre o anarquismo e o positivismo jurídico desenvolvido por Kelsen

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

em a Teoria Pura do Direito, detendo-nos nesse último em razão da relevância kelseniana para o ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, além de estudar conceitualmente alguns dos institutos criados ou utilizados por Höffe, serão analisadas algumas de suas críticas à teoria positivista kelseniana, mormente no que tange ao aparente amoralismo epistemológico – o que, em tese, poderia contrariar a teoria de Höffe – assim como a conceituação de direito de Kelsen baseada na norma fundamental e a constituição primeira.

O presente estudo então foi dividido em 2 capítulos para melhor compreensão da problemática proposta.

No primeiro capítulo buscou-se analisar o conceito de justiça política cunhado por Hoffe, os critérios utilizados por ele para desenvolver sua teoria, assim como os objetivos que o levaram a cunhá-la.

Já no segundo capítulo nos deteremos ao estudo das críticas de Höffe ao positivismo kelseniano com base na sua Teoria da Justiça Política e a ausência ou não de uma visão moral na teoria de Kelsen, e ao final encerraremos com considerações sobre o assunto.

2 A TEORIA DA JUSTIÇA POLÍTICA DE OTFRIED HÖFFE.

Höffe inicia seu trabalho “Teoria da Justiça Política” trazendo a moral como uma forma de observação da realidade, isto é, uma camada que, sobreposta a um determinado objeto de estudo, poderá, assim, gerar conclusões diferentes da originalmente esperada.

Ao discutir as instituições sociais sob a camada da moral, a filosofia reabilita a ética do direito e do estado, situação esta inovadora, já que não há familiaridade entre política e moral.

Assim, Höffe busca critérios para desenvolver sua teoria da justiça política, por meio de um objetivo triplo: a) discussão com o positivismo jurídico, sob o argumento principal de que a ideia de justiça é irrenunciável, de modo que a ordem positivista não pode dispensar uma camada elementar de justiça; b) discussão com o anarquismo filosófico, fundando sua crítica na dicotomia existente nesse tipo de ordem de direito e de estado, em que, apesar de restri-

tora da liberdade de todos, se torna legítima em nome da liberdade; c) e ainda entende pela necessidade de princípios de justiça, que vão além da pura definição jurídica, sendo insuficiente o conceito de justiça só por estar legalmente previsto.

A justificativa atual da existência desse triplo objetivo decorre do antagonismo entre socialismo e liberalismo que, segundo Höffe, “já não convence mais”, vez que não se sustenta uma outra ordem por si só.

Daí, a ética do direito e do estado que levanta esse questionamento se estabelece como uma filosofia além da tradicional alternativa “liberalismo econômico ou socialismo”, de modo que, com o tempo, qualquer forma de dominação que contradiz princípios de justiça basilares se torna desacredita.

Tais princípios de justiça se podem ver violados em 3 formas de dominação: a) quem apenas fala de direitos à liberdade e de direitos democráticos de cooperação, mas não os converte em realidade; b) quem age contra o princípio fundamental da justiça política procedimental, ou seja, quem, em vez da divisão de poderes e de pluralismo político, cultiva uma concentração sem igual de força; c) quem atribui aos dominadores privilégios extremos.

Também quem levanta óbices a uma ordem econômica mais eficiente viola o princípio de justiça, porque a ordem ineficiente somente se consegue impor contra a vontade dos envolvidos, porque impõe àqueles que afirma servir (operariado) muito mais esforço e carga que os necessários sob condições economicamente mais eficientes e, por último, porque expõe a população a um perigo que, graças a sua força de trabalho e riqueza em recursos naturais, seria evitável: a ameaça de pobreza e até de fome.

Höffe defende, assim, que a justiça política seria um meio à intersubjetividade, a uma camada que é tanto de natureza transcendental, como possui natureza de troca, ao que nomina de “troca transcendental”.

Ao cunhar esse conceito, Höffe entende que os princípios de justiça política são pressupostos necessários de juízos prévios inatos.

Para SANTOS², interpretando a justiça política de Hoffe,

2 SANTOS, R. DOS. Troca Transcendental, justiça e direitos humanos em Otfried Höffe. *Veritas* (Porto Alegre), v. 56, n. 1, 30 abr. 2011.

entende que o conceito de justiça pode ser entendido como uma troca (*Gerechtigkeit als Tausch*); não uma troca de caráter mercantil, mas uma troca transcendental (*transzendentaler Tausch*), sendo transcendentais os interesses que os sujeitos agentes tem e que lhes proporcionam condições gerais para que eles ajam do modo como eles queiram agir.

Assim, com o auxílio da ideia de justiça política é possível distinguir formas legítimas e não-legítimas de direito e de estado, posto que a justiça política de Höffe é um conceito fundamental para uma crítica ética de direito e de estado, crítica essa necessária à legitimação e limitação do direito e do estado, já que as relações de direito e de estado não são avaliadas e desprezadas, mas sim redimensionadas.

Exemplificando a crítica filosófica de Höffe como necessidade de legitimação e limitação do direito e do estado, cita-se o estado inexpugnável previsto no *Leviatã* de Hobbes, em que são nítidos os traços ameaçadores decorrentes da dominação do soberano decorrente de uma coercibilidade exacerbada, do que se extrai a ideia da “carta branca” para um estado onipotente e absolutista.

Exsurge assim a necessidade de críticas do direito e do estado sob a expressão justiça política com o objetivo de criticar a ética da dominação, a fim de se examinar: a) condições e critérios de uma dominação justa; b) realizar a contraposição entre as formas justas e injustas de dominação; c) e demarcar os limites dessa dominação com argumentos éticos.

Contudo, segundo critica Höffe, os grandes filósofos deixaram de se dedicar primariamente às questões de direito e do estado, debruçando-se somente de forma secundária a tais questões e, mesmo assim, não incluíam impulsos éticos em suas teorias. Em razão desse quadro, a análise das questões de direito e do estado ficaram sob estudo quase que exclusivo dos juristas.

Na visão de Höffe, essa situação de pouco estudo filosófico do direito e do estado acarretou numa dupla perda: perdeu-se a ética do direito e do estado e além disso a perspectiva da justiça e, por decorrência, a crítica discursiva da dominação.

Visando suprimir tais perdas e também reconciliar tanto a filosofia com a teoria do direito e do estado quanto reconciliar ambas com a ética, é que Höffe debruçou-se sobre o tema, analisando

as questões filosóficas relativas ao direito e ao estado e cunhando a expressão “justiça política”.

Nesse sentido, Höffe reconhece que John Rawls trouxe contribuições significativas em “A Teoria da Justiça” para a discussão científico-filosófica da justiça e define tais contribuições como interdisciplinares, ao passo em que se servem de meios de argumentação modernos, ficando livre de tons ilícitos moralizadores e também possui uma dimensão histórica profunda, posto que lança mão do diálogo com importantes filósofos do direito e do estado, entre os quais Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, trazendo nova vida à ideia de contrato social.

Mas mesmo essa nova discussão abriga aspectos problemáticos, já que ausente qualquer análise acerca das razões que conduziram à dupla perda e à extinção do discurso tradicional.

Höffe defende que a ideia de dominação justa que impera no discurso tradicional é substituída pela ideia da liberdade de dominação e que tanto o positivismo do direito quanto o anarquismo põem em dúvida o sentido e a possibilidade de um discurso sobre a justiça.

Para ele, um discurso da justiça se compreende certamente por si mesmo, pois é pensamento-guia da época: direitos humanos, liberdade quanto a poderes estranhos, exigência de maior participação da sociedade, igualdade das mulheres etc., tudo isso tem a ideia de justiça por trás. É a ideia de “justiça política” que pode ser expressa ou tácita.

Assim também entende SANTOS³, para quem, ao analisar o conceito de troca transcendental cunhado por Höffe, os direitos humanos estão intrinsecamente relacionados ao conceito de justiça.

Höffe explica que o positivismo complexo – presente na ordem jurídica e estatal moderna, que pressupõe uma ampla rede de regras, instâncias e poderes exclusivamente positivos – fez com que não houvesse mais sentido apelar a uma instância crítica suprapositiva, tornando-se utopia a perspectiva da justiça na sociedade moderna.

Para ele, o positivismo é uma forma de ceticismo contra a ética do direito e do estado, enquanto a justiça política é o ponto de vista moral em face do direito e do estado.

3 SANTOS, R. DOS. Troca Transcendental, justiça e direitos humanos em Otfried Höffe. *Veritas*: Porto Alegre, v. 56, n. 1, 30 abr. 2011.

Entende, contudo, ser necessário um redimensionamento do discurso da justiça ao dispor que toda ordem política, mesmo uma inteiramente justa, contém mandamentos e proibições que limitam a liberdade dos cidadãos com coerção e, então, com ameaça de sanções.

A crítica fundada no redimensionamento do discurso da justiça deve rejeitar dominações e entidades jurídicas ou estatais que defendam a liberdade de dominação.

Daí a dupla faceta decorrente da crítica ética ao direito e ao estado: primeiro, ir contra o positivismo jurídico exacerbado, aético, e, com o suporte dessa mesma ética, limitar as reações de direito e de estado contra o anarquismo.

Para Höffe, a tese do positivismo rigoroso consiste na carta branca à entidade do direito e do estado para legislar conforme lhe aprouver. A antinomia está no modo absoluto de posição e negação, em contradição com a pura legitimação e a completa limitação.

E como superar essa antinomia? Por meio de uma posição de mediação, que vá contra o rigorosismo positivista – sem abrir mão, por óbvio, do direito e do estado – e, por outro lado, também critique o anarquismo, sem conferir ao direito e ao estado poder absoluto.

Quem faz as vezes dessa posição intermediária é a justiça política de Höffe, ora autorizando, ora limitando o poder do direito e do estado, enfim, lhe conferindo legitimidade ética, uma vez que legítimo será somente o estado em que impera a justiça.

JEVEAUX⁴, debruçando-se sobre a justiça política de Höffe, explica quais são seus objetivos, seja enquanto teoria, seja enquanto filosofia:

“Enquanto teoria, a justiça política se propõe aos seguintes objetivos: 1) a ideia de justiça é irrenunciável (diversamente do positivismo); 2) a ordem jurídica estatal limita a liberdade, mas é ela mesma que legitima essa limitação; 3) essa restrição legítima à liberdade está presente em princípios de justiça. Enquanto filosofia, a justiça política se propõe a: 1) superar o dogmatismo político (justificação inquestionada do direito e do estado no

4 JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Acesso formal e material à justiça e acesso à justiça formal e material*. Vitória: Edufes, 2021, p. 73. Disponível em <http://repositorio.ufes.br/handle/10/11794>. Acesso em 21. dez. 2021.

positivismo) e o ceticismo político (recusa do positivismo sem compromisso com uma recusa ao poder absoluto do direito e do estado); 2) discutir a legitimidade ética da coerção (HÖFFE, 1991, p. 11; 22; 27)”.

Como visto, a justiça política é o instituto que serve de mediação ao positivismo exacerbado e ao anarquismo total, impingindo-lhes uma visão ético-moral, mormente quanto ao dogmatismo político positivista. E é com base nesse instituto que Höffe passa a fundamentar suas críticas ao positivismo jurídico.

3 CRÍTICAS DE HÖFFE AO POSITIVISMO KELSENIANO

Em sua obra “Justiça Política” Höffe deixa claro que, da dupla objeção existente contra a ideia da justiça política desenvolvida por ele, a mais profunda é a que se levanta do positivismo; mais ainda do que a objeção anarquista.

Isso porque o positivismo é heterogêneo, ou seja, se apresenta por meio de ramificações de pontos de vistas teóricos do direito e do estado.

No que tange à crítica positivista sob o enfoque da justiça política, são especialmente relevantes 5 formas de positivismo: a) positivismo como relativismo do caráter ético-jurídico; b) positivismo como crítica ao direito natural; c) positivismo como teoria de uma ciência jurídica autônoma; d) positivismo teórico-jurídico; e) positivismo como uma teoria social histórico da modernidade.

Para fins de corte metodológico, serão averiguadas adiante as críticas tecidas por Otfried Höffe ao positivismo desenvolvido por Kelsen, embora Höffe tenha também se detido em críticas ao jusnaturalismo

Höffe inicia suas críticas argumentando que seria fácil considerar o positivismo como uma direta negação da justiça, talvez até mesmo concebendo-o como um amoralismo que ficaria indiferente em casos injustos.

Contudo, aponta que diversos filósofos, mesmo se considerando positivistas, também fazem ressalvas ao seu próprio pensamento.

Entre eles, encontra-se Hart, que confessa ser adepto a princípios de justiça e até mesmo a um direito natural mínimo, o que, em tese, seria antagônico ao ideal positivista defendido por Hart. Também Hobbes que, ao desenvolver leis naturais aliadas ao princípio do bem comum, serve à fundamentação moral e valoração concreta da ordem do direito e do estado. Bentham e Austin, por sua vez, defendem também uma crítica suprapositivas do direito do estado.

Kelsen, nas palavras de Höffe, rejeita claramente a perspectiva da justiça e o pensamento jusnaturalista.

E isso ocorre porque em sua obra *Teoria Pura do Direito* assim disserta Kelsen⁵:

A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre aquela e “a” Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isso significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente de sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral.

Höffe então levanta a necessidade de se indagar se o amoralismo político faz parte ou não do cerne do positivo jurídico, pois, se fizer, talvez o positivismo jurídico seja um mito, uma invenção de filósofos da justiça que procuram adversários facilmente refutáveis.

E, para que não se torne um simples mito, Höffe concebe ser necessário que o positivismo desenvolva um conceito de direito e também de estado que não deixe lacunas para a justiça, pois somente assim teria algum valor teórico-jurídico.

Diversos positivistas criaram seus próprios conceitos de direito e em sua maioria a “justiça” sequer foi considerada. Hobbes, por exemplo, entendia que o direito é a ordem do soberano; Hart considerava o direito como fato empírico, Schuman defendia uma institucionalização do aleatório das mudanças do direito, e Kelsen entendia que qualquer conteúdo poderia ser direito.

5 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradutor João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 75-76.

Höffe⁶ entende que:

[...] tais conceitos de direito livres de justiça somente são merecedores de crítica quando não adequados e quando se pode mostrar que faz parte do direito e mesmo da definição dele um elemento de justiça, e que, portanto, um conceito do direito é sistematicamente insuficiente quando definido inteiramente sem o elemento da justiça.

Dentre os positivistas citados, foi Kelsen quem primeiro reconheceu a necessidade de especialização de uma ciência do direito, tanto que em sua obra *Teoria Pura do Direito* converteu a ciência positiva do direito numa ciência dogmática jurídica, compreendendo uma ciência totalmente livre de elementos não jurídico-positivistas.

Sendo assim, a justiça ficou de fora do discurso científico de Kelsen, não fazendo parte das condições de validade do direito positivo.

Höffe critica o “positivismo jurídico como empirismo jurídico” kelseniano. Para essa corrente, os enunciados normativos – que para Höffe são enunciados de justiça – são considerados não-científicos, já que se somente se preocupam cientificamente com as proposições jurídicas de caráter empírico.

Höffe⁷, se debruçando sobre o positivismo jurídico enquanto empirismo jurídico, defende que as ciências do direito somente são possíveis como ciências do direito em vigor ou então como teorias do direito puramente analíticas.

E prossegue dizendo que o principal representante desse empirismo jurídico é Hans Kelsen, a quem diz defender um positivismo que “epistemologicamente se converte num emotivismo ético-jurídico ou não-cognitivismo, que considera a justiça como absolutamente incognoscível”.

Höffe⁸ conclui ser radical a rejeição de Kelsen a qualquer teoria da justiça:

A rejeição de Kelsen de qualquer teoria da justiça se situa, de

6 HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. Fundamentação de Uma Filosofia Crítica do Direito e do Estado. Petrópolis: Vozes, 1991, pp. 95p

7 HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. Fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Petrópolis: Vozes, 1991, pp. 99.

8 HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Petrópolis: Vozes, 1991, pp. 100.

maneira singular, na tradição de um filósofo que conhece um conceito moral de direito (natural) e o desenvolve com detalhes: Kant. Mas Kelsen é marcado por aquela tradição do neokantismo cujo pathos científico não tem mais lugar para o conceito de direito (natural) moral de Kant.

Kelsen, segundo a visão de Höffe, teria empreendido uma verdadeira mudança no discurso de fundamentação do direito, ao não se interessar pela “Teoria Pura do Direito” em si, mas sim em sua essência comum. Em concomitância com Kant, Kelsen busca princípios imutáveis, mas, segundo afirma Höffe, tais princípios são essencialmente diferentes, na medida em que, enquanto para Kant se referem à legitimidade do direito positivo, Kelsen se interessa pelo valor positivo.

Höffe⁹ prossegue sua crítica ao positivismo jurídico empirista de Kelsen aduzindo que:

Kelsen não vai ao ponto de dizer que não existe justiça. Mas, como representante de uma “doutrina realista do direito”, ele vê que “de fato existem muitas normas da justiça diferentes entre si” e como representante de um rigoroso empirismo jurídico, ele não realiza, entre as diversas normas, uma escolha objetivamente fundada.

Assim, Höffe define a resposta de Kelsen como relativista e decisionista, no sentido de que cada um deve fazer a escolha e que nenhum outro, nem Deus, nem a natureza e tampouco a razão como autoridade objetiva, poderia assumir tal escolha.

Inobstante, embora tenhamos visto que, para Kelsen, qualquer conteúdo poderia ser direito, Höffe faz uma interpretação ampliada de tal expressão, entendendo que o que Kelsen queria dizer é que o conceito de direito por ele cunhado tornaria impossível concluir a partir de um determinado conteúdo que a respectiva prescrição coercitiva não teria caráter jurídico, pelo que Kelsen estaria recusando a justiça como definidora do direito, mas não a justiça normadora, já que em diversas ordens jurídicas existem princípios constitucionais que possuem significados de justiça, como os direitos humanos e do cidadão.

9 HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Petrópolis: Vozes, 1991, pp. 101

Höffe critica ainda a ideia da norma fundamental positiva criada por Kelsen, já que, possuindo tal hierarquia de autorizações uma série lógica linear dedutiva, para a qual só existem 3 possibilidades argumentativas (regresso infinito, círculo lógico e interrupção de procedimento) e com a constituição historicamente primeira e a norma fundamental, Kelsen evita o regresso e o círculo, mas cairia na interrupção do procedimento, uma vez que a constituição historicamente primeira de Kelsen não pode remeter-se a um mandato superior – ela própria é o começo de todos os mandatos -, e a norma fundamental anterior não ajudaria a fechar a lacuna lógico-argumentativa.

A proibição interna por um bando de assassinos quanto ao roubo e assassinato citada por Kelsen para exemplificar o elemento substancial que, em tese, preencheria a lacuna lógico-argumentativa exposta anteriormente é vista por Höffe como um elemento de justiça, já que representaria uma segurança coletiva, distributivamente vantajosa.

Assim, para Hoffe¹⁰:

Na medida em que a segurança coletiva é produzida por qualquer entidade jurídica, “como um todo”, ela atesta que a formação de um convívio com forma de direito é determinada por uma concepção mínima de justiça e esta concepção está imune ao relativismo ético-jurídico afirmado por Kelsen.

Como visto, se a justiça para Hoffe consiste nessa vantagem distributiva, cai por terra o conceito de direito de Kelsen isento de ideais de justiça, já que essa vantagem distributiva faz parte já do conceito de uma ordem jurídica e de estado, e não apenas faz parte de seu princípio moral, o bem comum.

4 CONCLUSÃO

Por meio desta pesquisa pode-se concluir que a filosofia, ao analisar a realidade sob com as lentes da moral, consegue reabilitar a ética do direito e do estado, sendo justamente a teoria da Justiça

10 HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Petrópolis: Vozes, 1991, pp. 132.

Política cunhada por Höffe.

A referida teoria, por sua vez, tem um objetivo triplo. Primeiro buscar discutir com o positivismo jurídico, argumentando de que a ideia de justiça é irrenunciável, devendo haver na ordem positiva uma camada elementar de justiça. Depois segue em discussão com o anarquismo que, apesar de restritora da liberdade, se torna legítima em nome da própria liberdade e, por último, busca-se também analisar princípios de justiça que vão além da pura definição jurídica.

Além disso, Höffe entende ser necessário a retomada de tal discussão, em razão de que os grandes filósofos simplesmente pararam de se dedicar primariamente às questões de direito e de estado, sem incluir, assim, a ética em suas teorias, o que causou uma dupla perda: perdeu-se a ética do direito e do estado e também a perspectiva de justiça. Tais perdas podem ser reparadas por meio da Justiça Política.

Uma dessas teorias que, supostamente, não incluíram a justiça no conceito de direito, é o positivismo de Hans Kelsen, ao qual Höffe se debruça e tece algumas críticas.

A primeira dessas críticas é a de que Kelsen teria rejeitado a perspectiva de justiça e o pensamento jusnaturalista. Contudo, ao analisar tal entendimento de Kelsen com mais vagar, Höffe conclui que Kelsen não chega a dizer que não existe justiça, mas que, como existem diversas normas de justiça diferentes entre si, ele simplesmente não faz uma escolha objetivamente fundada, o que para Höffe se trata de relativismo.

A segunda crítica, que mais tem caráter de interpretação conceitual, é de que, apesar de Kelsen dizer que qualquer conteúdo poderia ser direito, Höffe amplia sua interpretação e entende que a partir do conceito de direito kelseniano se pode entender que a justiça não está realmente dentro do conceito de direito, mas existe como justiça formadora.

Já a terceira crítica é tecida em relação à ideia de norma fundamental e constituição primeira, no sentido de que a lógica da hierarquia de autorizações apresentaria lacuna lógico-argumentativa que só poderia ser fechada por meio de um elemento substancial que - no exemplo dado por Kelsen - apresentaria de qualquer jeito a natureza de elemento de justiça por representar uma vantagem dis-

tributiva.

Portanto, se para Höffe a justiça consiste numa vantagem distributiva, o conceito de direito de Kelsen isento de ideais de justiça cairia por terra. Assim, haveria espaço para a moral e para a ética mesmo dentro do positivismo jurídico kelseniano.

São essas algumas das críticas de Höffe ao positivismo kelseniano, sendo certo que há muito mais a desbravar no que tange aos contrapontos da Justiça Política com outras teorias do direito e do estado.

REFERÊNCIAS

HÖFFE, Otfried. *Justiça política. Fundamentação de Uma Filosofia Crítica do Direito e do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1991, pp. 101

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Acesso formal e material à justiça e acesso à justiça formal e material*. Vitória: Edufes, 2021, p. 73. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/handle/10/1179>. Acesso em 21. dez. 2021.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradutor João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

As ações afirmativas no contexto brasileiro a partir da justiça distributiva em aristóteles

Rauner Ailton Batista Pereira²

1 INTRODUÇÃO

A vida em sociedade, entre os seres humanos, é complexa, demandando diversos acordos escritos ou não para se efetivar. Apresenta-se como um esquema necessário à sobrevivência da espécie, desde os tempos mais primórdios até a contemporaneidade, onde para fortalecimento deste pacto ocorrem renúncias e solicitações.

Entretanto, cada pessoa possui características próprias, sejam elas físicas, psicológicas, de orientação sexual, religiosa, entre outras. A partir disso, determinados grupos menores acabam por se formar dentro de um grupo maior, por compatibilidade de traços e para que aqueles possam se desenvolver e crescer. Em muitos casos, esse conjunto minoritário acaba sendo posto de lado, quando da proteção de seus direitos.

Nesse contexto, as ações afirmativas se apresentam como um mecanismo de proteção, por parte do Estado, para esses grupos segregados da sociedade. Diante das súplicas de pessoas que sofrem a marginalização por preconceito e se veem distante de ter uma vida minimamente digna, cabendo a atuação estatal extinguir essa dife-

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

2 Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-graduado em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública pela Faculdade Damásio. Graduado Bacharel em Direito pela Faculdade Castelo Branco. Advogado (OAB/ES n. 27.785). E-mail: raunerbatista@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4316-792X>.

renciação.

O presente trabalho busca analisar, na conjuntura brasileira, as ações afirmativas a partir da proposta de justiça distributiva de Aristóteles. O pensador, ainda na Grécia Antiga, tratou sobre a ideia de justiça, dentro do contexto da *pólis*, com o fim de que os cidadãos alcançassem uma “vida boa”, tanto individualmente quanto coletivamente.

Para tanto, o primeiro capítulo do trabalho busca compreender a ideia de justiça aristotélica. As virtudes a serem adquiridas pelos cidadãos, no transcorrer de sua vida, eram o caminho para ganhar notoriedade dentro da *pólis*. Em consequência disto, a justiça distributiva era a responsável de entregar as honrarias e os cargos de responsabilidade.

O desenvolvimento da humanidade fez com que novas formas de sociedade surgissem, logo a ideia de *pólis* se tornou defasada, bem como a visão de justiça aristotélica. No entanto, os ensinamentos do filósofo continuaram refletindo, em certo grau, nos direitos e garantias das pessoas, a partir da ocorrência de alguns fatos históricos.

A proposta do segundo e terceiro capítulos é compreender o surgimento e amadurecimento dos direitos fundamentais, os quais possuem dimensões que ganham contornos e se desenvolvem juntamente com o contexto histórico. A partir, especialmente, das Revoluções americana e francesa, a dignidade da pessoa humana ganhou destaque e se propôs a previsão expressa da defesa do ser humano e seus direitos.

Dentre desses direitos, um princípio fora de grande valia para as propostas: o princípio da igualdade. Novos contornos necessitaram ser dados ao princípio, haja vista a complexidade de sociedade que se mostrava, mas é perceptível que o alicerce dele estava calcado nos ensinamentos de Aristóteles.

Por fim, o último capítulo examina as ações afirmativas, com enfoque na realidade brasileira. As desigualdades sociais estiveram presentes desde os primeiros momentos da nossa sociedade e ainda se mostram bastante latentes, em diversos quadros sociais. A Constituição Federal de 1988, nomeada “cidadã”, possui diversas previsões com o objetivo de tornar o país mais igualitário, porém ela ainda não conseguiu alcançar o seu fim de forma satisfatória, por

diversos fatores.

Cabe, assim, a atividade estatal, em seus mais diversos espectros, buscarem se aproximar dessa sociedade mais digna e igualitária idealizada, através das políticas públicas necessárias. Assim sendo, o presente trabalho examina a importância e a formação das ações afirmativas, tendo como base a compreensão aristotélica de justiça distributiva.

2 A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NA VISÃO DE ARISTÓTELES

A ideia de justiça vem se desenvolvendo com o passar dos anos e sua concepção ganha contornos influenciada por fatores sociais, individuais, econômicos, legais, entre outros. Aristóteles foi um dos grandes pensadores que se preocupou em analisá-la, pois a sua visão de sociedade, nos moldes da *pólis*, precisava de justificadores, e entre eles estava o conceito de justiça.

O bom cidadão, para assim ser compreendido, necessitava de “ter o conhecimento e a habilidade para governar e para ser governado”³. Além disso, o enquadramento nessa categoria ocorreria após adquirir as virtudes necessárias para tal, e essa obtenção se visualizaria com o desenvolvimento do ser humano, através do exame dos estágios da vida.

Entre as virtudes particulares que se adquiriam durante o crescimento estava a *dikaiosyne*, concebida como “o exercício de todas as virtudes por cada cidadão em seus respectivos relacionamentos com os outros cidadãos”⁴.

Portanto, o próprio conceito de justiça, enquanto referência a uma vida em sociedade determinava grande influência na própria implicação da política dentro da *pólis*, porquanto um de seus propósitos é possibilitar a seus integrantes a “vida boa”⁵. Observava-se, assim, a construção de uma vida coletiva e melhor organização do

3 MAC'INTYRE, Alasdair. *Justiça de Quem? Qual Racionalidade?* São Paulo: Edições Loyola, 1991, p. 117.

4 MAC'INTYRE, 1991, p. 118.

5 SANDEL, Michael J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 241.

Estado, para no final acarretar a realização da felicidade individual⁶.

A fim de atingir esse relacionamento de forma saudável e correta, Aristóteles entendeu ser necessária a análise das ações das pessoas, dado que existiriam casos nos quais os atos realizados não se coadunariam com a boa vivência e necessitariam ser reavaliados e corrigidos.

A partir deste ponto começou a compreender a justiça, inicialmente de uma forma mais geral, sendo “aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo; e do mesmo modo, por injustiça se entende a disposição que as leva a agir injustamente e a desejar o que é injusto”⁷.

Faz-se necessário também analisar a justiça de modo individual, como dito anteriormente, por meio da *dikaïosyne*, sendo parte da justiça absoluta, dizendo respeito a igualdade, no sentido de dar a cada um o que lhe pertence⁸. Desta compreensão é possível partir para uma divisão de sentidos, pois a justiça particular poderia ser analisada em dois aspectos: a justiça corretiva e a justiça distributiva.

A justiça corretiva é observada nas transações entre indivíduos, tendo como precípua papel o de reestabelecer o equilíbrio através da equalização entre a perda e o ganho, em uma análise prioritariamente geométrica⁹. Logo, possui “a função de restaurar, na medida do possível a ordem justa que foi parcialmente destruída por alguma ação ou ações injustas”¹⁰.

Tal exame pode ser realizado tanto em transações voluntárias quanto em transações involuntárias. As primeiras podem ser vistas, por exemplo, em compras e vendas, empréstimos para uso, locações, entre outros casos. Já as últimas podem ser observadas em atos clandestinos como o furto, o adultério ou o falso testemunho, ou

6 ALVES, Rogério Pacheco. O conceito de justo em Aristóteles. In: *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 55, jan/mar 2015, p. 194.

7 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, V. 1.

8 BEZERRA, Deusamar Alves. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Dissertação (Mestrado) - Lisboa: Universidade de Lisboa, 2016, p. 20.

9 AMORIM, Ana Paula Dezem. A justiça em Aristóteles: Estudo sobre o caráter particular da justiça aristotélica. In: *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. Franca: Faculdade de Direito de Franca, v. 4, n. 1, ano 2011, p. 80.

10 MAC INTYRE, 1991, p. 118.

em ações violentas tal qual o sequestro, o homicídio e a agressão¹¹.

A justiça distributiva, a seu turno, possui aplicação diversa da anterior, ainda que aquela definisse a ordem a ser protegida por esta¹². A sua implicação poderia, essencialmente, ser constatada “nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição”¹³.

Diante dessa análise preliminar é possível depreender que esta espécie tem como principais beneficiados aqueles os quais, por direcionamento da constituição da *pólis*, efetuaram atividades, em instituições públicas, com o objetivo de alcançar benefícios e deverão ser reconhecidos pela sociedade por tais feitos.

Ao contrário da justiça corretiva, a regra na justiça distributiva era a da “desigualdade para remunerar cada qual segundo seus méritos, aos serviços desiguais, retribuição desigual”¹⁴. O exame da situação precisava levar em consideração a ocorrência de situações onde a decisão final será diversa para casos diversos, o que não ocasionará revolta, pois existem critérios a serem observados.

Assim sendo, para a aplicação da justiça distributiva, com a obediência do princípio do merecimento, haveriam de ser observados duas condições: “deve haver algum projeto comum para a realização de cujos objetivos os que são considerados mais merecedores contribuíram mais do que os que são considerados menos merecedores; e deve haver uma visão comum de como tais contribuições devem ser medidas e como as recompensas devem ser classificadas”¹⁵.

Necessário salientar que tal visão de justiça distributiva cabe a uma realidade fática completamente diversa da contemporaneidade, da qual a noção de Estado é totalmente apartada da noção de cidade. Naquele contexto fático, o cidadão era considerado como integrante e parte da cidade¹⁶. A atual concepção de justiça distributiva possui contornos diversos, a tocar determinados cidadãos que estão em situação diversa da que ocorria na Grécia Antiga, a ser melhor delineada no transcórre do texto.

11 ARISTÓTELES, V, 2.

12 MAC'INTYRE, 1991, p. 118.

13 ARISTÓTELES, V, 2.

14 BEZERRA, 2016, p. 48.

15 MAC'INTYRE, 1991, p. 121.

16 AMORIM, 2011, p. 79.

3 BREVE ANÁLISE A RESPEITO DOS DIREITO FUNDAMENTAIS

O desenvolvimento da espécie humana demanda a verificação de situações de forma mais pormenorizada, pois formas de sociedade foram desenvolvidas com o fim de possibilitar a vida em coletividade. Para tanto, uma mínima defesa, por parte do Estado, de requisições que se mostrariam essenciais se tornaram necessárias, especialmente por conta de uma urbanização e maior concentração populacional.

É de se destacar que no final do século XVIII, com surgimento dos direitos individuais liberais, os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” ganharam destaque¹⁷. Tais expressões tratam de direitos ligados a valores de grande importância para a sociedade, em especial por buscarem o asseguramento e promoção da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, há de se reconhecer uma semelhança entre elas.

No entanto, a fim de determinar diferenças entre as concepções, observa-se que os direitos humanos podem ser apreciados especialmente num plano abstrato, enquanto os direitos fundamentais ultrapassaram um procedimento de positivação¹⁸.

Outra avaliação interessante, quanto aos direitos fundamentais, é sobre as suas gerações ou dimensões. Além de uma constatação de conteúdo, é possível se ter uma compreensão histórica de seu desenvolvimento e abrangência, a qual ainda permanece em crescimento e observação.

A primeira das aludidas dimensões trata dos valores ligados a liberdade, destacada pelas Revoluções americana e francesa, no século XVIII, em “postulados de abstenção dos governantes, criação de obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo”¹⁹. Interessante destacar que os direitos individuais são reconhecidos como pré-existentes ao Estado, e não

17 JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015, p. 83.

18 MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016, p. 190.

19 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

como direitos dados pelo Estado as pessoas²⁰.

A segunda dimensão avança a esfera do indivíduo e busca tocar ao campo social, em vista de graves problemas sociais e econômicos, os quais se desdobraram até o início do século XX. Diante disso, urgiu a necessidade de o Estado se preocupar e ter sob sua tutela o reconhecimento de direitos e prestações sociais, assim “abranje, portanto, mais do que os direitos a prestações, nada obstante o cunho ‘positivo’ possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais”²¹, mas também são de sua competência as liberdades sociais, como, por exemplo, o direito de greve e liberdade de sindicalização²².

A partir da segunda metade do século XX, nova dimensão de direitos fundamentais se pode observar, ao se compreenderem a proteção aos direitos de grupos, paz internacional e meio ambiente²³, em vista de as nações desenvolvidas estarem se distanciando das nações subdesenvolvidas.

Diante disso, os direitos, desta terceira dimensão, podem ser caracterizados por uma titularidade difusa ou coletiva, pois a proteção se dará não do homem individualmente, mas a uma coletividade²⁴. A autenticidade desta ainda poderá ser questionada, por conta de a titularidade ser atribuída ao próprio Estado e à Nação, porém a denominação destes direitos como de solidariedade ou fraternidade²⁵, exigem compromissos e tratamento até mesmo em escala mundial para sua efetivação.

Novos direitos podem ser considerados, visto o desenvolvimento tecnológico e científico, assim, novas súplicas sociais surgem e necessitam ser protegidas, e poderiam ser observadas através de uma quarta dimensão que seria relacionada à propriedade genética²⁶. Além disso, existe defesa para a existência de uma quinta dimensão de direitos fundamentais que tratariam dos direitos virtuais²⁷ ou do

20 JEVEAUX, 2015, p. 75.

21 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

22 SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2018.

23 JEVEAUX, 2015, p. 74.

24 MENDES, BRANCO, 2018.

25 SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2018.

26 JEVEAUX, 2015, p. 75.

27 JEVEAUX, 2015, p. 75.

direito à paz²⁸, bem como surge proposta para o reconhecimento de uma sexta dimensão no tocante a defesa ao acesso a água potável²⁹.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais trouxe destaque para um princípio, de relevância para o desenvolvimento do presente trabalho: o princípio da igualdade. Uma vez este, como já delineado anteriormente, se ligar a reivindicações de justiça social, não exclusivamente a direitos de coletividades³⁰, sendo um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global³¹.

4 OBSERVAÇÕES A RESPEITO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Optando por ter como base as concepções de Aristóteles, é possível observar que a sua compreensão de justiça utiliza de proporções próximas as matemáticas. Entre os seus objetivos estão o de determinar como resolver questões as quais tratariam dos atos injustos ou a medida para indicar o ponto onde as virtudes adquiridas dariam direitos aos cargos e honrarias.

Ao se observar a justiça distributiva aristotélica, e esta regendo as relações entre as instituições públicas e os particulares, a “desigualdade” seria uma das regras a serem analisadas. A cada indivíduo se remuneraria de acordo com os seus méritos, logo, serviços desiguais gerariam retribuições desiguais³².

O conceito do princípio da igualdade desenvolveu-se com a evolução da sociedade chegando ao ponto de se ter uma divisão. A noção de igualdade formal é característica disso, porque a igualdade perante a lei precisou se adequar para o estabelecimento de uma proibição de tratamentos diferenciados³³.

28 MASSON, 2016, p. 193.

29 SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2018.

30 MENDES, BRANCO, 2018.

31 SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2018.

32 BEZERRA, 2016, p. 48.

33 Conforme explicam SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2018: “Na sua primeira fase de reconhecimento, como já anunciado, correspondia à noção de que todos os homens são iguais, compreendida no sentido de uma igualdade absoluta em termos jurídicos, correspondendo ao direito de toda e qualquer pessoa estar sujeita ao mesmo tratamento previsto na lei, independentemente do conteúdo do tratamento dispensado e das condições e circunstâncias pessoais, razão pela qual, nesta perspectiva, o princípio da igualdade de certo modo correspondia à exigência da generalidade e prevalência da lei, típica do Estado constitucional de matriz libe-

No entanto, com o transcurso do tempo, chegou-se à conclusão de que não bastava a igualdade formal, em razão de os mandamentos terem se tornado simples retórica, assim ocorria a mitigação da efetividade do princípio da igualdade³⁴.

Consistindo na efetivação da própria igualdade formal, a reação fora a atribuição de um sentido material ao princípio da igualdade. Em um primeiro momento, sua compreensão proíbe a utilização de critérios injustos e violadores da dignidade da pessoa humana. A exigência de regras razoáveis e justas para tratamentos desiguais alcança um segundo momento. Por fim, numa última fase caracteriza-se como dever de compensar as desigualdades sociais, econômicas e culturais existentes³⁵.

Considerando o contexto brasileiro, a Constituição Federal de 1988, enquanto lei maior e norteadora de parâmetros para todas as áreas de análise do direito e da vida civil, determina, no *caput* de seu artigo 5º, postulação relevante ao definir que todos são iguais perante a lei, independentemente de questões as quais poderiam causar diferenciação.

Contudo, a minguada dessa necessidade de parâmetros igualitários, se faz necessário assimilar que o princípio da igualdade possui dimensões a serem analisadas. A primeira delas se trata da sua conceituação destacada, portanto, o igual necessita de ser tratado igualmente, e ocorrendo diferenciação injustificada esta é arbitrária. A segunda dimensão determina haver tratamentos desiguais entre os desiguais, assim, seguindo o mesmo tratamento da dimensão anterior, havendo razão suficiente para a diferenciação, se torna imperioso este tratamento³⁶.

Atualmente, é necessário destacar a existência de uma diferenciação quanto a *discriminação de jure*, tratando sobre o estabelecimento de diferenças formais na própria legislação, e *discriminação de facto*, a qual se refere sobre a própria aplicação da discriminação³⁷.

ral”.

34 CLÈVE, Clèmerson Merlin; RECK, Melina Breckenfield. Ações afirmativas e a efetivação do princípio constitucional da igualdade. In: Revista A&C. Belo Horizonte, Fórum, n. 11, ano 2003, p. 29-30.

35 ARLET, MARINONI, MÍTIDIERO, 2018.

36 BEZERRA, 2016, p. 29.

37 DE MELO, Mônica. O princípio da igualdade à luz das ações afirmativas: O enfoque da discriminação positiva. In: *Revista de direito constitucional e interna-*

O equitativo é a principal questão da justiça, ao se analisar a concepção aristotélica. Portanto a igualdade de justiça, partindo de casos similares, proporia que houvesse tratamentos semelhantes. Nos casos em que se apurasse situações onde ocorressem diferenças de mérito, tratamento proporcional³⁸. Aristóteles, ainda na Grécia Antiga, formulou a associação entre justiça e igualdade, a merecer destaque até os tempos atuais.

Coube ao Estado, diante do desenvolvimento da sociedade e com os seus clamores quanto a defesa de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, com base única no aspecto formal do princípio da igualdade, efetuar o tratamento desigual, comportamento ao qual não poderia se furtar de executar³⁹.

No Brasil, diante de todo o quadro de direitos sociais excluídos e menosprezados durante todo o desenvolvimento do país, teve na Constituição Federal de 1988 um resguardo mais efetivo do princípio da igualdade. Não à toa a aludida Carta Constitucional fora denominada “cidadã”, ainda que até hoje tal ainda não tenha atingido seu fim de forma satisfatória, muito por conta da ausência de vontade política de sua efetivação⁴⁰.

Isto posto, restou ao Estado buscar meios para efetivar direitos reclamados por determinados grupos da sociedade, os quais se encontram previstos na Lei Maior, através de mecanismos estatais, um destes são as ações afirmativas.

5 A IMPORTÂNCIA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Os conclames sociais, observados os contextos de desenvolvimento histórico das sociedades, são notados especialmente a partir da análise do início do século XX, como delineado alhures. A necessidade da efetivação da igualdade material como um dos deveres do Estado é um dos motivos para o surgimento das ações afirmativas, uma vez que pela democracia é necessário haver a igualdade de con-

cional. São Paulo: RT, vol. 25, out-dez/1998.

38 MAC'INTYRE, 1991, p. 133.

39 CLÈVE, RECK, 2003, p. 30.

40 MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. Óptica constitucional – A igualdade e as ações afirmativas. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: RT, vol. 15, jan-mar/2002.

dições no exercício dos direitos⁴¹.

Ponderando a realidade da sociedade brasileira, apesar de existirem os direitos e garantias fundamentais amplamente e exaustivamente previstos na Constituição Federal, é claro que existem diversos cenários de discriminação a serem corrigidos. Logo, além do próprio clamor social destes grupos desprivilegiados é fundamental “uma mudança cultural, uma conscientização maior por parte dos brasileiros; falta a percepção de que não se pode falar em Constituição Federal sem levar em conta, acima de tudo, a igualdade”⁴².

Para tanto, a relevância das ações afirmativas, determinadas como “políticas focais que alocar certos recursos em benefício de sujeitos pertencentes a grupos discriminados ou historicamente marginalizados pelas exclusões socioeconômicas sejam elas do passado ou do presente”⁴³.

O tratamento diferenciado em favor de certos grupos sociais enfrenta resistência de outra parcela da sociedade, por não concordarem com essa concessão de benefícios. A fim de trazer argumentos favoráveis as ações afirmativas, duas teorias justificadoras ganharam força, quais sejam: teoria compensatória e teoria distributiva.

Para a teoria compensatória “as políticas de ação afirmativa representam um ressarcimento pelos prejuízos, ônus e limitações impostos a determinados grupos sociais”⁴⁴, enquanto na teoria distributiva “tais políticas seriam legítimas por voltarem-se para a igualdade proporcional, ou seja, para a distribuição de direitos e obrigações entre os membros de uma sociedade”⁴⁵.

Ao deixar de ser observado como um princípio constitucional escrito a ser respeitado e buscando ser um objetivo constitucional determinado a ser alcançado pelo Estado e pelos seus integrantes, o princípio da igualdade tem nas ações afirmativas um instrumento de concretização⁴⁶, com o fim de se alcançar uma sociedade igualitária, ainda que relativamente.

41 BEZERRA, 2016, p. 75.

42 MELLO, 2002.

43 DE AGUIAR, Thales Bruno; MENDES, Luiz Carlos Duarte Mendes. O princípio da isonomia em face das ações afirmativas. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, vol. 94, jan-mar/2016.

44 DE MENEZES, Paulo Lucena. Ação afirmativa: Os modelos jurídicos internacionais e a experiência brasileira. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 816, out/2003.

45 DE MENEZES, 2003.

46 BEZERRA, 2016, p. 70-71.

A neutralidade estatal em relação às ações afirmativas, examinando as necessidades e desigualdades da sociedade brasileira, representaria um grande prejuízo a todo o desenvolvimento e evolução desta. Diante disso, cabe ao Estado a busca e implementação de políticas públicas afirmativas.

Através da atuação de protagonistas políticos e sociais é possível constatar espécies de ações afirmativas, as quais algumas destacaremos. Como exemplo, é de notório conhecimento ser a maior parte da população brasileira composta por mulheres, no entanto, essa maioria não corresponde e não se reflete nos cargos mais elevados de empresas ou em cargos públicos de grau mais elevado.

Assim, “neste cenário foram identificadas a segregação sexual e as disparidades salariais como manifestação da discriminação. Assim, as novas políticas se orientam para as áreas de recursos humanos: políticas de acesso ao trabalho, políticas de atualização profissional e de incentivo à carreira”⁴⁷.

Outra situação amplamente observada no cenário brasileiro é a questão racial, verificada através da análise histórica da formação de nosso país, a qual necessita ser bem compreendida e efetivamente tratada. Rege a República Federativa do Brasil nas relações internacionais o repúdio ao racismo, por determinação da Constituição Federal, sendo um de seus princípios e, caso ocorra, trata-se de crime inafiançável e imprescritível⁴⁸.

A Lei de Cotas é outro exemplo, a qual abrange questões sociais, financeiras, raciais e outros casos legalmente previstos, por meio de sua aprovação objetivou-se uma redemocratização da educação superior, na tentativa de ser proporcionado ensino para todos e não somente para grupos privilegiados⁴⁹.

O Poder Judiciário ganha relevante papel neste cenário, pois as decisões exaradas precisam ser responsáveis, especialmente quando da análise das ações afirmativas. Nestes casos, “em face de um conflito de interesses deve o juiz idealizar a solução mais justa, considerada a formação humanística que tenha e, após, buscar o indispensável apoio no direito posto. Ao fazê-lo, cumprirá, sempre, ter presente o mandamento constitucional de regência da matéria”⁵⁰.

47 DE MELO, 1998.

48 DE MENEZES, 2003.

49 DE AGUIAR, 2016.

50 MELLO, 2002.

As ações afirmativas, assim, possuem um relevante papel, impactando toda a sociedade, apesar de haverem questionamentos e posições contrárias, no entanto trazem um benefício coletivo presente e futuro. Para sua implementação, além de todo o clamor dos grupos sociais, ocorre uma análise de viabilidade e importância, portanto, ainda que houvessem prejuízos constatáveis, os benefícios advindos devem ser privilegiados e observados, levando-se em consideração o princípio da igualdade previsto constitucionalmente.

6 CONCLUSÃO

A maneira como Aristóteles idealizava e observava a sociedade em seu tempo causou, e ainda causa, grandes reflexões naquelas que analisam os seus ensinamentos. Apesar de seus pensamentos remontarem a Idade Antiga, onde a transmissão de informação ocorria, majoritariamente, de forma oral, impactou e deu contornos a história grega de forma bastante valorosa.

O modo como ele concebeu a sua ideia de justiça, ainda que não caiba ao nosso atual estágio de sociedade, ainda é ponderado quando dos estudos de situações ocorridas diariamente. A análise próxima a matemática de como aplicar a justiça pode ser observada em muitos campos e, de tempos em tempos, é ponto de discussão no Poder Judiciário.

A partir das transformações e desenvolvimento da sociedade, com influência do pensamento aristotélico, direitos e garantias foram idealizados. Urgiu a necessidade de se fornecer proteção a população, seja ela em um todo ou em parcelas, para se possibilitar a convivência em uma coletividade.

Por meio de uma análise de extensão de impacto, esses direitos e garantias podem ser compreendidos em dimensões, as quais necessitam ser observadas rotineiramente, pois a cada dia surgem novos pontos a serem abarcados e destacados. Entre estes direitos temos os de proteção aos indivíduos enquanto parte de um grupo. Diante de graves problemas sociais e econômicos, que podem ser datados início do século XX, a defesa e garantia de sobrevivência das pessoas se mostrou fundamental.

Diante deste cenário, uma observação advinda de Aristóteles novamente ganhou destaque, a de que era necessário tratar os

iguais de forma igualitária e os desiguais de forma diferenciada, de acordo com a medida dessa diferença. Tal formulação é constante do princípio da igualdade, a qual faz parte das bases estruturantes do sistema constitucional global.

Para tanto, o Estado precisou sair de uma posição de inércia se encaminhando a tomar uma posição ativa, examinando os clamores sociais e implementando políticas públicas com o objetivo de diminuir as diferenças existentes. No contexto brasileiro, diante de um cenário de grande desigualdade, a atuação estatal de forma ativa e efetiva se mostra relevante.

Proteção a direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstas, sejam elas de gênero, racial, social, religiosa ou qualquer outra defesa de grupos historicamente discriminados é dever do Estado. O Poder Judiciário também é personagem importante nessa discussão, pois a ele cabe, em muitas das vezes, analisar e ponderar sobre a implementação de políticas públicas afirmativas.

As ações afirmativas, assim, constam como espécie de política pública a fim de mitigar essas exclusões sociais de grupos discriminados ou marginalizados. Proporciona-se a eles a possibilidade participarem de forma justa da vida em sociedade, diminuindo a desigualdade histórica imposta.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco. O conceito de justo em Aristóteles. In: *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 55, jan/mar 2015. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-55>. Acesso em: 20 out. 2020.

AMORIM, Ana Paula Dezem. A justiça em Aristóteles: Estudo sobre o caráter particular da justiça aristotélica. In: *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. Franca: Faculdade de Direito de Franca, v. 4, n. 1, ano 2011. Disponível em: <http://revista.direito-franca.br/index.php/refdf/article/view/90>. Acesso em: 22 out. 2020.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BEZERRA, Deusamar Alves. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Dissertação (Mestrado) - Lisboa: Universidade de Lisboa, 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; RECK, Melina Breckenfield. Ações afirmativas e a efetivação do princípio constitucional da igualdade. In: *Revista A&C*. Belo Horizonte, Fórum, n. 11, ano 2003, p. 29-35. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/677>. Acesso em: 10 nov. 2020.

DE AGUIAR, Thales Bruno; MENDES, Luiz Carlos Duarte Mendes. O princípio da isonomia em face das ações afirmativas. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, vol. 94, jan-mar/2016, p. 207-220.

DE MELO, Mônica. O princípio da igualdade à luz das ações afirmativas: O enfoque da discriminação positiva. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, vol. 25, out-dez/1998, p. 79-101.

DE MENEZES, Paulo Lucena. Ação afirmativa: Os modelos jurídicos internacionais e a experiência brasileira. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 816, out/2003, p. 39-61.

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

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

MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.


MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. Óptica constitucional – A igualdade e as ações afirmativas. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: RT, vol. 15, jan-mar/2002, p. 13-20.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Cur-*

so de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITI-DIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

The background of the page is a faded, light-colored map. It features several Latin phrases: "Terra Sandanum" in the upper center, "Mare et terra inno" on the right side, and "Terra" on the left side. The map shows geographical outlines and grid lines.

**As ações afirmativas no contexto brasileiro a partir da
justiça distributiva de Aristóteles**

As normas de conduta justa de F. Hayek e a função social do contrato

Reichiele Vanessa Vervloet de Carvalho Malanchini

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CONTRATO

O advento do Estado Liberal significou a ruptura com o Estado Absolutista em que as relações privadas dependiam da vontade e da concessão do soberano político. Os objetivos da burguesia que triunfou nas Revoluções Francesa e Americanas foram alcançados por meio das Constituições Políticas: o controle do Estado, auto-determinação individual, bem como não intervenção do Estado na economia.²

Analisando a questão a partir da Revolução Francesa, afere-se o desenvolvimento da dicotomia entre o espaço público e privado, sendo este último o centro do sistema jurídico, predominando nítida separação entre o Direito Público e Privado.

Neste diapasão, o direito fundamental à liberdade que na concepção liberal precede ao Estado era garantido pela legislação emanada da autoridade estatal, que também limitava a ingerência na vida privada pelo Estado³.

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

2 LOBO: 2012, p. 39

3 Conforme expõe o professor Dr. Geovany Cardoso Jevaux, em seu livro *Teorias do Estado e da Constituição*: tendo sua origem no liberalismo clássico, os direitos individuais relacionam-se com as chamadas prestações negativas do Estado, ou seja, na medida em que o liberalismo exigia menor presença do Estado na esfera da liberdade das pessoas, a fim especialmente de favorecer a economia privada e o regime da propriedade os direitos individuais assumiam preponderante papel de limitar a ação do Estado. Ao mesmo tempo e retoricamente, tais direitos não foram dados pelo Estado, mas somente reconhecidos por ele como algo pré-existente.

Ato contínuo, o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão estabeleceu uma demarcação dos espaços públicos e privados, sendo a esfera pública lugar institucionalizado e limitado, fundamentado em um governo de leis e não de homens, cujo objetivo era garantir a igualdade por meio da generalidade da lei, ao passo que em âmbito privado compete ao indivíduo a busca por sua felicidade por meio da autorregulação de seus interesses.⁴

A seara jurídica privada tinha o escopo da liberdade individual, o direito natural por excelência, anterior a concepção do Estado Moderno, agindo como limitadora da atuação estatal, cuja finalidade é assegurar o exercício dos pilares do direito privado, quais sejam: a família, o contrato e a propriedade.⁵

As constituições liberais como as brasileiras de 1824 a 1891 mantiveram a ideologia liberal, segundo a lógica individualista e patrimonial, sem qualquer intervenção estatal e seguindo à regulação espontânea do mercado. A liberdade dos Modernos, segundo Benjamin Constant, possuía caráter econômico, como liberdade de iniciativa, propriedade e contrato, em oposição a liberdade dos antigos, em que livre era aquele que exercia a *res publica*.⁶

Contudo, a experiência histórica demonstrou que os contratos firmados sob o fundamento da liberdade negocial, sem qualquer intervenção do Estado, acarretou em abuso de poder em desfavor dos contratantes mais vulneráveis ou fracos economicamente.

No Brasil, o Código Civil de 1916 foi o representante sistêmico da ordem privada, mantendo a visão liberal de proteção à propriedade privada, à família e ao contrato, ou seja, o homem protegido pela legislação civil estava inserido em um contexto familiar decorrente do casamento, possuía patrimônio e exigia a manutenção

Tanto que a declaração de 1879 foi elaborada antes mesmo da primeira constituição, que somente veio a lume em 1791. Com isso se pretendia afirmar que tais direitos, além de precedentes, assim o eram tanto em relação ao estado civil quanto a qualquer constituição. (JEVEAUX: 2015, p. 75).

4 HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: JusPodVIM, 2016, p. 34.

5 FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro, 2015.

6 CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Revista de Filosofia Política*, n. 2. L & PM; Unicamp/ UFGRGS. Disponível em <http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>.

dos contratos firmados, a custo inclusive de superendividamento e até mesmo a prisão civil do inadimplente⁷.

A liberdade sem restrições era contrária as Constituições Sociais promulgadas nas primeiras décadas do século XX, que preconizaram a regulação do mercado e impôs limitações ao exercício da liberdade privada, com o escopo de equilibrar os interesses individuais e sociais, especialmente para os grupos considerados vulneráveis.

O Estado de bem estar social inaugurado entre nós pela Constituição de 1934 e que alcançou o seu apogeu com a Constituição de 1988, há uma mudança de paradigma: O Estado não deve apenas garantir a liberdade contratual e a autonomia individual, características de uma justiça comutativa (dar a cada um o que é seu, considerando cada contratante como livre e igual formalmente), outrossim, deve promover uma justiça distributiva (dar a cada um o que é seu, sob a análise de sua desigualdade e vulnerabilidade, como por exemplo, o consumidor e o trabalhador), com o intuito de reduzir as desigualdades sociais, conforme se observa do art. 3º, VIII, da Constituição Federal.⁸

A justiça social pretende reordenar a atividade negocial dos indivíduos para que possam permitir maior participação nos bens materiais e espirituais da civilização⁹

O Código Civil de 1916 disciplinava as relações privadas sob uma perspectiva liberal e patrimonialista sucumbiu às novas diretrizes constitucionais, o que ensejou a criação de microsistemas de proteção, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor para disciplinar o interesse dos vulneráveis, até finalmente ser revogado pela legislação civil atual, ou seja, o Código Reale.

O Código Civil de 2002, que em seu bojo traz os princípios da Eticidade, Sociabilidade e Operabilidade¹⁰, a fim de promover o

7 Art. 1.287 do Código Civil de 1916 determinava a prisão civil do depositário infiel para compelir a restituição ou ressarcir os prejuízos advindos do inadimplemento.

8 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

9 LOBO: 2012, p. 40.

10 Na definição de TARTUCE: “No que concerne ao princípio da eticidade, adotado pela codificação emergente, cumpre transcrever as palavras do Ministro José Salgado, do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o tipo de Ética buscado

interesse social e a redução do impacto do poderio econômico entre desiguais, além de conferir unidade ao sistema com a aplicação de cláusulas gerais e conceitos indeterminados.

A função social do contrato, positivada no Código Civil de 2002 em seu artigo 421, constitui cláusula geral¹¹ para que na interpretação dos negócios jurídicos privados seja aferida a equivalência material das prestações.

Embora a Constituição Federal não apresente explicitamente a função social do contrato como o faz com a justiça social su-

pelo Novo Código Civil é o defendido pela corrente Kantiana: o comportamento que confia no homem como um ser composto por valores que o elevam ao patamar de respeito pelo semelhante e do reflexo de um estado de confiança nas relações desenvolvidas, quer negociais, quer não negociais. É, na expressão kantiana, a certeza do dever cumprido, a tranquilidade da boa consciência" [...] O princípio da eticidade pode ser percebido pela leitura de vários dispositivos da atual codificação privada. Inicialmente, nota-se a valorização de condutas éticas, de boa-fé objetiva – aquela relacionada com a conduta de lealdade das partes negociais –, pelo conteúdo da norma do art. 113, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Esse dispositivo repercute profundamente nos contratos, mantendo relação direta com o princípio da função social dos contratos e reconhecendo a função interpretativa da boa-fé objetiva. [...] Nessa nova realidade, “dúvidas não há de que o Direito Civil em nossos dias é também marcado pela socialidade, pela situação de suas regras no plano da vida comunitária. A relação entre a dimensão individual e a comunitária do ser humano constitui tema de debate que tem atravessado os séculos, desde, pelo menos, Aristóteles, constituindo, mais propriamente, um problema de filosofia política, por isso devendo ser apanhado pelo Direito posto conforme os valores da nossa – atual – experiência jurídica” (MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código..., Diretrizes teóricas..., 2002, p. 144). [...] Assim, além do sentido de simplicidade, a operabilidade tem o sentido de efetividade do Direito Civil, da construção de um Direito Civil Concreto do ponto de vista prático (concretude, conforme Miguel Reale) Neste ponto, mantendo relação com a operabilidade, encontra-se uma das maiores críticas ao Código, aduzindo alguns doutrinadores que a nova codificação cria juizes ditadores, eis que dá enorme margem de interpretação para que o magistrado crie o direito. Vale deixar claro que na opinião deste autor, as críticas são infundadas. Muito ao contrário, o regime de cláusulas gerais é participativo, democrático, de colaboração entre todos os componentes da comunidade jurídica. (TARTUCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução às normas do direito brasileiro e parte geral do código civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2016, p. 85).

11 Confere certo grau de incerteza, dada a possibilidade de o juiz criar a norma pela determinação dos conceitos, preenchendo o seu conteúdo com valores, inclusive da norma privada, fruto da autonomia privada das partes, tema fundamental para a análise moderna dos contratos. Pode servir de pretexto para o recrudescimento de ideias, como instrumento de dominação por regimes totalitários ou pela economia capitalista extremada. Pode-se dizer que o antídoto dessas desvantagens está seguramente no maior *preparo e honorabilidade* do julgador, que transita com mais liberdade e responsabilidade no cenário jurídico para o encontro de soluções vivas e atuais para os casos que se lhe são apresentados. (NERY, Rosa Maria. *Instituições de direito civil: contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

pramencionada, é possível extrair do art.170¹² que determina que para o exercício da condição social seja observada a função social da propriedade.

Desta feita, considerando o contrato como instrumento que viabiliza as trocas de bens, inclusive mediante a transferência da propriedade, também é influenciada pelo princípio da função social, que conduz a interpretação dos negócios jurídicos, como será exposto a seguir.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL.

A função social do contrato está prevista no art. 421 do Código Civil brasileiro, cuja redação é “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

O contrato, não corresponde apenas a uma relação *inter partes*, uma vez que deve ser observada a função social dos contratos para que se proíba condutas que causem dano as partes contratantes e a terceiros, conforme art. 187 do Código Civil¹³, e portanto, os efeitos contratuais que não correspondem as condutas esperadas pautadas na ética e na boa fé repercutem em toda a coletividade.

Considerando que os contratos possuem base econômica, por conseguinte, promovem a circulação de riquezas, imprescindível premiar os comportamentos éticos ao passo que antiéticos sejam penalizados, a fim de conduzir a pacificação social, uma vez que os recursos são escassos frente as necessidades humanas.

Para Miguel Reale, o poder negocial é a fonte do direito, na medida em que a autonomia privada não é somente a capacidade e a informação, mas também o respeito a princípios morais, o que foi a legislação do Código Civil de 2002, com o escopo de atingir equilíbrio, equidade nas relações particulares.

O Código Civil é consequência de um pensamento estru-

12 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III - função social da propriedade;

13 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

turado, inserido em um sistema de normas de direito privado que corresponde à vontade de uma dada sociedade, cujos interesses são demonstrados pelas eleições de acesso aos bens sociais e dão sentido jurídico-econômico a essa seletividade.

Com efeito, a ideia de função social do contrato encontra suas raízes no pensamento marxista, como também na doutrina social da Igreja, pelo reconhecimento de que as relações contratuais não são um fim em si mesmo, mas devem contribuir para a satisfação dos interesses de ambas as partes, sobretudo das mais fracas do ponto de vista econômico, características do Estado de bem-estar social e a sua intervenção na economia e regulação de interesses privados.

Discorda desse entendimento sobre as funções de distribuição de renda pelo Estado alguns economistas liberais, entre eles, Friedrich Agust von Hayek.

O economista **Friedrich August von Hayek**, ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1974, e defensor mais conhecido da corrente conhecida como **Escola Austríaca**, entendia que a intervenção estatal no domínio econômico é característica típica dos regimes socialistas, o que considerava um retrocesso em termos de evolução social.

Para evitar o dirigismo econômico, o papel do Direito era fundamental para determinar limites ao Estado, e que os particulares, livres e iguais, a partir de norma de conduta justa, baseadas na experimentação e passadas pelas gerações por meio da tradição, definiriam as regras de convivência entre os membros de uma sociedade. As normas de condutas justas e a função social do contrato serão analisadas a seguir.

3 AS NORMAS DE CONDUTA DE HAYEK COMO LIMITES A INTERVENÇÃO DO ESTADO NOS CONTRATOS PRIVADOS

A autonomia privada em que se pautam as relações civis é respaldada por pelas premissas de liberdade contratual e responsabilidade patrimonial pela contratação.

O direito civil é pautado pela liberdade do sujeito a escolha

de seus atos e a condução de sua vida particular, de perseguir as metas de satisfação pessoal, bem como promover pela via contratual valores fundamentais comuns, como o princípio da função social do contrato.¹⁴

Para Hayek, a liberdade individual é um estado no qual o homem não é submisso mediante coerção a vontade arbitrária do outro; o valor atribuído a liberdade é inestimável e não pode ser objeto de troca por qualquer outro bem.

Considerando a imprevisibilidade própria das relações humanas, que podem ser pautadas pela sorte, pela resiliência e capacidade de produção de cada indivíduo, é contranatural que a liberdade individual seja limitada em prol de um direcionamento a ser seguido, como uma justiça distributiva, por exemplo, a de corrigir as desigualdades sociais ou promover o denominado “bem comum”, uma vez que somente pela ousadia, pelo enfrentamento das frustrações, erros e acertos na tentativa em busca pelo sucesso, podemos evoluir socialmente¹⁵.

A liberdade é a condição de possibilidade para o progresso, e ao Estado compete apenas assegurar que a liberdade do indivíduo seja preservada para buscar atender as suas necessidades, e não o contrário em que o Estado deve intervir na economia e nas relações sociais a fim de alcançar uma meta de distribuição de riquezas e inclusão como pretende o denominado estado de bem-estar social.¹⁶

14 A maior dificuldade do direito tem sido estabelecer um compromisso (pacto) aceitável entre os valores fundamentais comuns, aqueles aptos a delimitar os enquadramentos éticos e morais nos quais as leis se inspirem, e os espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e a condução de sua vida particular, de sua trajetória individual de seu projeto de vida. (MORAES: 2010, p. 75)

15 O melhor método que se conhece, mas, sobretudo, por ser o único método pelo qual nossas atividades podem ajustar-se umas as outras sem a intervenção coercitiva ou arbitrária da autoridade. Com efeito, uma das principais justificativas da concorrência é que ela dispensa a necessidade de um “controle social consciente” e oferece aos indivíduos a oportunidade de decidir ser as perspectivas de determinada ocupação são suficientes para compensar as desvantagens e riscos que a acompanham. (HAYEK: 2010, p. 58)

16 O sistema de normas em sua totalidade nunca poderá, portanto, ser reduzido a uma construção intencional voltada para propósitos conhecidos, deve antes, continuar sendo para nós um sistema herdado de valores que orientam aquela sociedade. Nesse sentido o bem-estar geral a que servem as normas de conduta individual consiste no que já vimos ser o propósito das normas jurídicas, isto é, aquela ordem abstrata do todo que visa à obtenção de resultados particulares conhecidos, sendo antes, preservada como um meio de auxiliar para a consecução da grande variedade de propósitos individuais. (HAYEK: 1985, p. 6)

A distribuição de bens que pretende o Estado de bem-estar social necessariamente agirá de forma discricionária, já que os padrões de justiça são sempre parciais e ideologicamente manipulados por um grupo político, sob o argumento de proporcionar a igualdade. “Somente por sermos incapazes de prever o resultado efetivo da adaptação de uma norma específica que podemos supô-la capaz de aumentar, igualmente, as oportunidades de todos”. (HAYEK:1985, p. 4)

A concepção de igualdade é promovida às custas da liberdade, já que pressupõe que alguém define sobre a distribuição de riquezas. Conforme expõe Jevaux, ao analisar a obra de Hayek: *“qualquer setor de distribuição, ao tentar igualizar as diferenças, decidirá por discricionarietà, e não por justiça, criando-se ainda a dependência das pessoas, em agressão à liberdade”*.¹⁷

Não compete ao Estado comprometer a liberdade do cidadão em prol de um projeto coletivo, em que o indivíduo deve se atentar as diretrizes estatais para definir suas metas particulares de vida, posto que não é espontâneo, e afronta a liberdade.¹⁸ O dirigismo estatal é característico de sociedades socialistas em que o “interesse coletivo”¹⁹ sobrepõe ao interesse individual.

As normas jurídicas, emanadas da autoridade estatal, tem como escopo a manutenção da liberdade do indivíduo, por meio de um senso comum de justiça.

Diferentemente dos anarquistas, Hayek não propõe a extinção do Estado, pois o compreende como um mal necessário ao exercício da liberdade e para proporcionar bens públicos essenciais.

17 JEVEAUX: p. 97

18 O planejamento que exerce efeito tão indicioso sobre a liberdade é aquele que visa a uma segurança de outra espécie. É o planejamento que se destina proteger os indivíduos ou grupos contra a redução de suas rendas (redução que, embora imerecida, ocorre diariamente numa sociedade competitiva), contra perdas que impõem duras privações, sem justificação moral, e que, contudo, são inseparáveis do sistema de concorrência. A reivindicação desse tipo de segurança, é, pois, um aspecto de justa remuneração proporcional aos méritos subjetivos e não aos resultados objetivos do esforço individual. Essa espécie de segurança ou justiça não parece conciliável com a livre ocupação. (HAYEK: 2010, p. 129)

19 Toda a história do desenvolvimento das instituições populares é a história de uma luta contínua para impedir que determinados grupos abusem do aparelho governamental em benefício de seus interesses coletivos. Essa luta, certamente, não terminou com a tendência atual a definir como interesse geral qualquer coisa que seja decidida por uma maioria formada por coalizão de interesse organizados. (HAYEK: 1985, p.7)

A sociedade é considerada livre não é aquela sem regras, mas sim uma sociedade baseada em normas jurídicas que inclusive estabeleçam limites a atuação do próprio Estado, o que para Hayek é o denominado Estado de Direito.

As normas jurídicas são regras de conduta pautadas em um comportamento correto do sujeito, baseadas no senso comum, ao contrário do Estado Socialista, em que o dirigismo estatal produz leis para um fim específico.

Segundo Hayek, *“uma norma é adotada e transmitida, em vez de outra, porque o grupo que a adotou provou de fato o mais eficaz, e não em decorrência de seus membros anteverem os efeitos que teriam tal adoção”*. (HAYEK: 1985, p 5)

As normas de conduta justa que tem incidência no âmbito privado, são primordialmente normas que determinam o que é proibido, e não prescrevem determinados tipos de ação, ou seja, são obrigações negativas: cada sujeito é livre para agir de acordo com a sua própria consciência, desde que não afetem a esfera de liberdade de outrem²⁰.

Com efeito, as normas de condutas justas em regra não são obrigações positivas, ou seja, não “conferem direitos as pessoas específicas, mas formulam condições sob as quais esses direitos podem ser adquiridos”.²¹

Na esteira, o princípio da sociabilidade que rege o Código Civil Brasileiro é contrário ao exercício da liberdade, na medida em que possui um comando com objetivo coletivo. Não se trata, na visão de Hayek, de uma norma de conduta justa, pois essa última pressupõe a delimitação de “domínios protegidos, não atribuindo diretamente coisas específicas a determinadas pessoas, mas tornando possível inferir, a quem pertencem coisas específicas²².”

O princípio da função social dos contratos²³, que decorre do princípio da sociabilidade do Código Civil, na visão de Hayek, não promove um equilíbrio das relações entre particulares, posto que é um mecanismo arbitrário de correção, uma vez que impõe as partes contratantes uma possível revisão judicial de um contrato que pela

20

21 HAYEK: 1985, p. 47

22 HAYEK: 1985, p. 47

23 Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

concepção liberal foi justo na medida em que foi uma escolha dos indivíduos, livres, que no uso da razão pactuaram e tem legítimas expectativas de cumprimento das obrigações contraídas²⁴.

A revisão contratual, por sua vez, impõe a arbitrariedade, a “justiça” de acordo com a visão de juiz, no intuito de correção de um contrato não em virtude de deslealdade contratual ou contrário a lei, mas pelos resultados obtidos após a sua execução²⁵. Podemos como

24 Exemplo de revisão judicial sem pedido formulado pela parte, o que pode inferir na previsibilidade contratual e na vontade das partes. QUARTA TURMA PROCESSO REsp 1.447.247-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, por unanimidade, julgado em 19/04/2018, DJe 04/06/2018 RAMO DO DIREITO CIVIL TEMA Cláusula penal. Controle judicial. Norma de ordem pública. Redução de ofício. Possibilidade. DESTAQUE Constatado o caráter manifestamente excessivo da cláusula penal contratada, o magistrado deverá, independentemente de requerimento do devedor, proceder à sua redução. informações do inteiro teor a cláusula penal, em que pese ser elemento oriundo de convenção entre os contratantes, sua fixação não fica ao total e ilimitado alvedrio deles, porquanto o atual Código Civil introduziu normas de ordem pública, imperativas e cogentes, que possuem o escopo de preservar o equilíbrio econômico-financeiro da avença, afastando o excesso configurador de enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes. A redução da cláusula penal pelo magistrado deixou de traduzir uma faculdade restrita às hipóteses de cumprimento parcial da obrigação e passou a consubstanciar um poder/dever de coibir os excessos e os abusos que venham a colocar o devedor em situação de inferioridade desarrazoada. Nesse sentido, é o teor do Enunciado 356 da IV Jornada de Direito Civil, o qual dispõe que “nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício”. Do mesmo modo, o Enunciado 355 da referida Jornada consigna que as partes não podem renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no artigo 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública.

25 RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CUJA COBRANÇA FOI ESTIPULADA EM PERCENTUAL SOBRE O VALOR DAS CAUSAS. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO NO CASO CONCRETO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria controvertida foi devidamente enfrentada pelo Colegiado de origem, que sobre ela emitiu pronunciamento de forma fundamentada, com enfoque suficiente a autorizar o conhecimento do recurso especial, não havendo que se falar em ofensa ao art. 535, II, do CPC.

2. Cuida-se de ação de execução por título extrajudicial consubstanciado em contrato de prestação de serviços advocatícios no qual as partes estipularam, a esse título, os percentuais de 10% “sobre o valor do contrato objeto da ação ordinária de rescisão contratual”, 20% “sobre o valor pleiteado na execução” e 10% “para defesa na ação de embargos de terceiro.” 3. Em princípio, porque decorrentes de avença estritamente particular, o advogado e o contratante estão livres para estabelecer o valor que considerarem adequado e justo como remuneração pelos serviços prestados, não havendo óbice legal à contratação dos honorários convencionais com base no valor da causa, até porque, em inúmeras situações, não existirá distinção entre o pedido e a condenação, ou seja, entre o montante que foi atribuído à pretensão inicial e o proveito econômico alcançado com o julgamento da demanda. Desse

tomar por exemplo uma contratação de honorários advocatícios *quota litis*. Os indivíduos, livres e iguais, contratam o percentual de honorários advocatícios sem qualquer coação, erro ou dolo ou qualquer outro requisito de anulabilidade ou nulidade previsto em lei. Considerando que o resultado foi a improcedência da demanda, nada tem a receber o advogado e não cabe qualquer revisão contratual; contudo, em caso de sucesso da demanda, a aplicação de seu contrato é passível de ser submetida ao escrutínio do magistrado, que verificará se a função social foi atendida, e em caso negativo, remodelar os efeitos anteriormente previstos.

O subjetivismo judicial²⁶, em determinados casos, que definirá os limites da vontade das partes, para Hayek, não corresponde a ideia de uma norma de conduta justa. A ingerência o poder judiciário por meio de revisão contratual são normas concretas que não são havidas no abstrato senso comum de justiça, mas para produzir um efeito particular, uma finalidade, que sob o fundamento de uma perspectiva constitucional do Direito Civil, conduz a aplicação do princípio da “função social dos contratos” e afronta o direito fundamental de não intervenção do Estado no âmbito privado.

A função social do contrato, não pode ser instrumento para

modo, o controle pelo Judiciário do quantum avençado ocorrerá apenas de forma excepcional, nas hipóteses em que se verificar algum vício de vontade ou forem inobservados os princípios da razoabilidade e da boa-fé contratual.

4. O caso em análise, todavia, é singular, na medida em que o conteúdo econômico atribuído à causa, após sofrer atualização monetária e incidência de juros, veio a superar, de maneira expressiva, o quantum da condenação, o que permitiria ao advogado obter a título de honorários contratuais mais de 2/3 (dois terços) do benefício patrimonial reconhecido em prol de seu cliente, gerando um indesejável desequilíbrio na relação, por produzir um resultado que se distancia da própria finalidade desse tipo de contratação.

5. Recurso especial parcialmente provido, para acolher em parte os embargos do devedor, determinando que na apuração do valor dos honorários advocatícios contratados seja observado o proveito econômico efetivamente obtido pelos contratantes, ora recorridos.

(REsp 1454777/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 10/12/2015)

26 Nas palavras de Ingeborg Maus: “a Justiça aparece então como uma instituição que, sob a perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa.” In MAUS, Ingeborg. O judiciário como super-rego da sociedade. *O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wpcontent/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em 29 jun. 2018.

conferir ao magistrado *carta branca* para decidir de acordo com a sua concepção individual de justiça, ou para favorecer a parte lhe parece mais frágil com o escopo de promover justiça social e redistribuição de renda²⁷, posto que afronta a autonomia privada, tão cara a concepção liberal de justiça.

A perspectiva liberal tende a promover uma maior adesão não pelo consenso obtido pela distribuição de riquezas de acordo com um critério de justiça baseado na necessidade, mas justamente por definir os meios legítimos para que cada um possa desenvolver e aprimorar no âmbito privado a sua capacidade de produção e manutenção de patrimônio, a sua independência e até contar com alguma sorte.

Para Hayek, não compete ao magistrado, no exercício da função jurisdicional, intervir na liberdade e nas relações contratuais pautadas pelo mercado, com o objetivo de equilibrar a distribuição de riquezas dos contratantes, tampouco aferir se as prestações são equivalentes, uma vez que isso compete a parte contratante avaliar no momento da contratação. Eventuais riscos são inerentes de uma economia de mercado livre.

Quanto maior for a intervenção judicial na liberdade de contratar, mais próximo da planificação econômica.²⁸, portanto, o indi-

27 MORAES: 2010, p. 04.

28 Sobre a relação do direito e economia planificada, expõe Miguel Reale: “Enquanto prevaleceu a estrutura do Estado não intervencionista, é claro que a função do Direito apresentava mais um caráter de preservação ou proteção de situações constituídas em razão de interesses e motivos postos exclusivamente pelos indivíduos ou pelos grupos, e, não, também pela coletividade compreendida como um todo e representada pelo Poder Público. Quando, porém, as exigências do desenvolvimento técnico-científico e as concomitantes mutações econômicas ou militares alteraram a imagem do Estado, tornando-o cada vez mais partícipe da vida comunitária, atuando, direta e constantemente, na condução mesma dos negócios sociais, deveriam os princípios norteadores da ciência jurídica ter-se adaptado às novas circunstâncias. Na realidade, isto não aconteceu, ou só se verificou no tocante a aspectos secundários do problema. A rigor, uma dogmática jurídica correspondente às necessidades e peculiaridades do “Estado intervencionista” ainda está por fazer-se, a começar pelo reexame da sempre tormentosa questão das “fontes do Direito” Pois bem, um dos temas básicos a ser examinado se refere ao que, com expressão talvez ousada, se poderia denominar “o Direito do planejamento”, visto como a planificação é, de certa forma, o correlato ou o complemento da intervenção sistemática do Estado nos domínios econômicos e culturais, em geral. Não foi, aliás, por simples coincidência que a ideia de planificação, envolvendo a problemática jurídica, se pôs de maneira mais nítida a partir da experiência soviética, caracterizada pela centralização burocrática. In: REALE, Miguel. Direito e planificação. In: *Doutrinas essenciais de direito constitucional*, v. 5. São Paulo: RT, 2011, p.739-734.

víduo sucumbe frente a ditadura da maioria.

De acordo com o pensamento liberal exposto por Hayek, os contratos formados por pessoas livres e iguais não são passíveis de revisão caso os resultados não sejam adequados a concepção de “justiça social”, sob pena de intervenção estatal na autonomia privada.

4 CONCLUSÃO

A Constitucionalização do Direito privado, especialmente dos contratos, promoveu uma reestruturação na concepção de liberdade de contratar e os meios para alcançar a justiça social por meio dos negócios jurídicos. Tais premissas são típicas de economia pautada no dirigismo econômico do denominado Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*).

O Estado de Bem-Estar Social, em nível de jurisdição, assegura equilíbrio entre as prestações de um negócio jurídico ao autorizar o magistrado o uso de clausulas gerais para revisão judicial de obrigações desproporcionais imputadas ao sujeito vulnerável, especialmente no aspecto econômico.

Uma concepção válida de justiça para Hayek pressupõe que a lei seja instrumento de otimização da liberdade individual, com a existência de regras previamente conhecidas que assegurem a esfera individual contra qualquer ingerência indevida, inclusive estatal.

Desta feita, o Estado de Direito deve garantir ao indivíduo o seu desenvolvimento no âmbito privado, a fim de alcançar os bens sociais de acordo com a sua capacidade de produção e sorte. Não compete ao Estado a promoção de justiça social por meio da jurisdição, tendo em vista que uma distribuição de riquezas de forma equitativa, baseados em critérios como a necessidade, viola os preceitos do mercado livre.

Os contratos são meios legítimos de transferência de riquezas, fundada numa justiça comutativa, de sorte que qualquer atuação do poder judiciário a título de revisão com base em um interesse “coletivo”, ou princípio sem conteúdo definido como “função social” são ingerências indesejadas e abusivas do Estado na autonomia privada.

Tais premissas não se sustentam frente a constitucionaliza-

ção do direito privado, em que a dignidade da pessoa humana foi alçada a postulado que deve orientar toda e qualquer regra de conduta, em detrimento de relações meramente patrimoniais reguladas pelo mercado capitalista e pautadas na reificação do indivíduo.

Um dos objetivos da República Brasileira é construir uma sociedade justa e solidária, pautada em valores que corrijam as injustiças sociais manifestadas em contratos com prestações desproporcionais, para que possa de fato exercer a liberdades e igualdades pretendidas pelo direito privado de forma substancial e não refletir a subversão das instituições frente aos interesses de mercado.

REFERÊNCIAS

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Revista de Filosofia Política*. n. 2. L & PM Unicamp/UGRGS. 1985. Disponível em: <http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro, 2015.

HAYEK, Friedrich August von. A. *O caminho da servidão*. São Paulo: Instituto Von Mises Brasil, 2010.

_____. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985.

HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: JusPodVIM, 2016.

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

_____. (org). *Uma teoria da justiça para o acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012.

LOBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wpcontent/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em 29 jun. 2018.

NERY, Rosa Maria. *Instituições de direito civil: contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REALE, Miguel. Direito e planificação. In: *Doutrinas essenciais de direito constitucional*, maio de 2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 6, p. 739-734.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução às normas do direito brasileiro e parte geral do código civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2016.

Reflexões fenomenológicas acerca dos fundamentos do Direito

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha
Gustavo Antonio Pierazzo Santos

1 INTRODUÇÃO

Conquanto as ideias neopositivistas encontrem forte ressonância entre os juristas atuais, a práxis judiciária ainda registra uma grande propensão a identificar o Direito com o conjunto de normas positivadas, seja qual for a sua estatura, reforçado pelo fluxo de precedentes judiciais que marcam a jurisprudência. Essa tendência se exterioriza basicamente no âmbito da fundamentação das decisões judiciais e administrativas, bem como das pretensões veiculadas pelas partes envolvidas em eventual litígio.

Em que pese a isso, o plano de fundamentação que assim é afirmado é apenas secundário, não chegando a alcançar as raízes que dão suporte ao próprio fenômeno jurídico, daí porque, embora pedidos e decisões sejam fundamentados, em atenção às exigências normativas do nosso sistema (CRFB/88, art. 93, IX; CPC/15, art. 489, §1.º, art. 1013, §3.º, IV e art. 319, III, bem como a Lei n.º 9.784/99, art. 50), certo que, ainda assim, deparamo-nos com uma crise jurídica decorrente da carência de fundamentos.

Como será visto ao longo do artigo, o formalismo jurídico, sob a pretensão de conferir segurança e racionalidade, enclausura o direito em idealidades. É o que ocorre, por exemplo, com os conceitos legais de “miserabilidade”, para efeito de concessão

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

de benefício assistencial ao idoso (CRFB/88, art. 203, V c/c Lei nº. 8.742, art. 20, §3.º), e de “complexidade da causa”, para efeito de fixação da competência dos juizados especiais (CRFB/88, art. 98, I, c/c Lei 10.259/01, art. 3.º), ambos limitados pela lei a parâmetros estritamente numéricos, rígidos e descompassados com o que se vê cotidianamente.

Essa constatação reclama a explicitação do que verdadeiramente são os fundamentos do Direito, sua proveniência e ressonância atual no campo da filosofia jurídica. Tal é o propósito do presente estudo, o que se fará com base no método fenomenológico.

2 O DIREITO E SEU FUNDAMENTO

É antiga a tendência humana de render-se à efetividade do mundo natural, propensão essa que deriva da própria angústia que o estado de insegurança lhe provoca. É precisamente por não saber lidar bem com a sua própria finitude, que o homem sente a necessidade de confrontar a contingência do seu mundo com alguma explicação racional que lhe dê previsibilidade dos acontecimentos futuros e explicações para os presentes e passados.

De fato, o modelo de racionalidade que sobretudo na Modernidade desenvolvemos, aloca-a como atributo distintivo do humano, capaz de explicitar o seu próprio mundo, em uma dimensão ilimitada, que abrange não apenas os eventos da natureza, mas o seu próprio mundo espiritual.

A inquestionável pujança das ciências naturais acaba por afirmá-las como um modelo paradigmático para tudo aquilo que se pretende científico. Essa referência epistemológica se espraia de forma absoluta por todas as áreas do conhecimento humano, de tal forma que qualquer manifestação teórica há que ser racional, e a razão deve ser conduzida pelos métodos já consagrados no âmbito das ciências da natureza.

Decerto que, ao longo da história, são registrados alguns pontos de inflexão que apontam para a diversidade dos objetos pertencentes ao mundo cultural, já que envolvem o próprio homem, enquanto lhe serve de *habitat* espiritual, por ele mesmo construído e constantemente renovado, em uma dinâmica que não se pode justificar pelos mecanismos puramente empírico-dedutivos.

De qualquer forma, ainda que se ergam vozes contra a absorção indiscriminada do Direito por essa via científico-natural, certo é que elas não se fazem ouvir a ponto de marcar o fluxo das práticas que nele se efetivam.

Não bastasse isso, conquanto sejam indiscutíveis os resultados que das tecnociências resultaram, certo é que elas próprias são tomadas por uma crise sem precedentes. Não é preciso aprofundar os registros, bastando a menção à exploração exauriente dos recursos naturais, que acabam por colocar em risco o próprio equilíbrio e a sustentação dos biomas naturais, o aproveitamento da tecnologia para a fabricação de instrumentos de destruição massiva, e o pior de tudo, a própria desumanização do homem, que no processo de desdobramento da técnica acaba por tornar-se mais um dispositivo a serviço dela.

Todo esse quadro é resultante da ausência de um *télos* que oriente o desenvolvimento científico, carência essa que, por sua vez, deriva da inexistência de fundamentos que lhe deem suporte. Esse estado crítico foi desenvolvido por Husserl em sua famosa preleção de 1935 (“A crise da humanidade europeia e a filosofia”), onde esclareceu que, paralelamente ao indiscutível êxito concretizador das ciências naturais, apoiadas em seus métodos racionais, a própria racionalidade humana, e ademais tudo que ao homem possa estar relacionado como mundo espiritual, deixou de ser pensado. Ao contrário, aquele modelo paradigmático de que falamos tornou-se hegemônico, a tal ponto de o homem buscar edificar o seu mundo espiritual nele, quando, em verdade, é o espírito quem poderia fundar o primeiro:

Porém, no que respeita à natureza, quanto à sua verdade científico-natural, ela só aparentemente é independente, e só aparentemente pode ser apreendida por meio do conhecimento puramente objetivo e racional que preside as Ciências Naturais. De fato, memo essa apreensão “objetiva” é produto do espírito que investiga a natureza, o que pressupõe a Ciência do Espírito [...] Por isso, é um erro das Ciências do Espírito competir com as Ciências Naturais pela igualdade de direitos. (HUSSERL, 2006,

p. 48)

Para Husserl, a fenomenologia seria a via apta a repensar esse impensado, evidenciando, em sua essência, os fundamentos de qualquer ciência (aí incluída a jurídica), pois sua marca é exatamente a conversão de toda experiência possível ao plano transcendental, a fim de que, na sua pureza, propicie o alcance de juízos apodícticos. Trata-se de um processo de depuração, pois os fatos se afirmam no plano da contingência, são mutáveis no tempo, ao passo que a essência que deles deriva é marcada por sua invariância. Uma árvore enquanto efetividade mundana pode ser consumida pelo fogo, assim como um livro, mas a essência de ambos permanecerá, tornando-se apta a um juízo predicativo sobre ela. Essa propensão a uma radicalização da experiência do conhecimento é o propósito da fenomenologia husserliana, tal como e esclarece Aquiles Cortes:

Fenomenologia é o esforço em busca do aprofundamento da compreensão do mundo, numa tentativa de colocar em questão os supostos fundamentos das ciências naturais. A fenomenologia não é um sistema de pensamento. Ela é um método que nos leva a uma atitude radical frente às explicações científicas do mundo. Talvez por isso mesmo, a adesão ao método fenomenológico implique uma espécie de conversão a um novo modo de pensar o mundo natural e o mundo do espírito, para além das ciências naturais e das ciências do espírito, cuja tendência fundamental é reduzir a realidade do mundo à realidade dos fatos. (GUIMARÃES, 2014, p. 67)

Essa conversão de atitude é promissora no Direito, pois permite estudá-lo “em carne e osso”, ou seja, conforme ele aparece diretamente à consciência, não intermediado por conceitos que o idealizam. Essa possibilidade está ancorada na própria ideia de intencionalidade, desenvolvida por Franz Brentano e tão cara a Husserl. Afirmar que a consciência é intencional significa dizer que ela é sempre consciência de algo, está voltada a algo, a algum objeto, o qual, por sua vez, é sempre objeto para a consciência, é também sempre objeto intencional.

Intencionalidade é um conceito que nos remete a uma relação, posto que as próprias noções de objeto e de consciência se tornam correlatas, permitindo superar dicotomias tão correntes, como

a clássica relação cognoscitiva determinada pelo sujeito e objeto, polos estanques que vão alternando-se no destaque que lhes são individualmente dados naquela relação ao longo da história da filosofia, como no clássico embate entre realistas e idealistas. Essa visada é obscurecida precisamente por não visualizar a relação sob o foco do seu caráter intencional, conforme bem esclarecido no excerto seguinte:

Antes de qualquer coisa, é preciso ter claro que consciência é intencionalidade, ou seja, a essência da consciência é a intencionalidade. Consciência não é fenômeno psíquico, não é psique; é intento, é “dirigir-se a”. Não há consciência vagando no espaço. Vem então a noção de fenômeno. O que é fenômeno? Em princípio, fenômeno é o que aparece à consciência. Fenômeno é o manifestar-se do mundo dos objetos. Esse manifestar-se só pode acontecer na interação da consciência com o mundo. Fenômeno e consciência são termos correlatos. Os objetos só existem para a intencionalidade da consciência e esta, por sua vez, só existe para os objetos. Ou seja, intencionalidade é intencionalidade de objetos e estes são objetos da intencionalidade. Em síntese: o fenômeno só é possível em função da intencionalidade e esta é pura direcionalidade ao fenômeno. Um não existe senão em função do outro. E é essa circunstância que, antes de qualquer coisa, nos leva à compreensão do processo de interação consciência-mundo, superando clássicas dicotomias na relação sujeito-objeto. Não há sujeito sem objeto, nem objeto sem sujeito. (GUIMARÃES, 2014, p. 69)

Uma visada fenomenológica do Direito implica que ele não seja tomado apenas em sua efetividade, isto é, apenas conforme encontrado nas leis promulgadas, nos precedentes consolidados ou mesmo na doutrina posta. Esse modo de vê-lo representaria aquela perspectiva positivista, acima criticada. A atitude fenomenológica impõe que o Direito seja considerado tal como ele aparece à consciência, simplesmente conforme aparece à consciência, desvinculado de qualquer técnica ou conceito que previamente lhe possa ser atribuído. Nesse sentido:

Ver a vestimenta do aparecer factual da vivência jurídica na sua mostração originária, tal qual se apresenta, como momento de visada em torno daquilo em que ela se constitui, é a intenção que inspira a fenomenologia do direito a proclamar-se como

atitude radical frente a tantas posturas comprometidas com a linhagem do tecnicismo desenvolvido a serviço do não pensamento, do não crítico, do não interesse pela compreensão. (GUIMARÃES, 2013, p. 18)

Portanto, a grande contribuição da fenomenologia é tornar clara a necessidade de buscar-se uma experiência originária, desvinculada de qualquer apriorismo, ou seja:

Quer-se dizer com isto que se deve rejeitar todo método apriorístico, que consiste em partir de certos conceitos prévios já formados para extrair deles depois o conceito de valor. É o que se passa quando, por exemplo, parte-se de um sistema de ideias já completamente constituído, para depois, à luz dele, atacar o problema axiológico, de forma que o conceito de valor assim obtido se lhe adapte inteiramente. Pode dizer-se que um dos maiores merecimentos da investigação fenomenológica dos valores foi, justamente, conseguir acabar com este apriorismo. (HESSEN, 1974, p. 39):

Assim, o objetivo é revelar o que está no âmago de todo Direito, em todos os tempos e regiões. Dizer o *que é* alguma coisa é isso: investigar a sua essência. É investigar a essência consiste justamente em destacar nos fenômenos da mesma espécie o que neles não varia. Tal procedimento, em Husserl, leva o nome de “redução eidética” (GUIMARÃES, 2014, p. 74).

Qual é a essência do universo jurídico que se mostra, no seu dado, na sua manifestação? O que não varia sempre que se fala ou se pensa em Direito? Lei, jurisprudência e doutrina variam no espaço e no tempo, não podendo, sozinhas, constituir o elemento caracterizador do fenômeno jurídico. Direito é também lei, mas por precedê-la, não se resume a ela:

Direito é substância. É algo que antecede a lei. A lei cristaliza o Direito na sua temporalidade, na sua historicidade, como mero instrumento regulador da sua aplicação. Aplicar o Direito não significa simplesmente aplicar a lei, mas ver na lei o que ela contém de Direito. Esta é a tarefa do intérprete, cuja representação suprema é a figura do juiz encarregado de individualizar as normas no caso decidendo. Assim, a lei só pode ser considerada fonte do Direito desde que levado em consideração o fato de que ela apenas expressa uma parte do Direito positivado, ou

seja, dimensão da substância Direito. (GUIMARÃES, 2013, p. 66-67)

Portanto, haveria uma base essencial no Direito que responderia às necessidades concretas decorrentes da sua aplicação. Pode parecer estranho que se fale em essência e mutação, invariância e contingência, entretanto, essa aparente aporia é superada mediante uma análise mais detida da questão. Em toda manifestação humana, no nosso mundo de relação, infinitas serão as possibilidades, as circunstâncias que sempre poderão conferir um matiz diferenciado ao caso que reclama uma solução.

Paralelamente a isso está a necessidade da positivação do Direito, trata-se de uma necessidade imperativa da boa convivência. Entretanto, o Direito não se esgota no positivo. A positividade, que também é histórica, variando no tempo e no espaço, exige um fundamento que se preste a orientar a tarefa da aplicação dos preceitos normativos. É nesse momento que o Direito se revela em sua essência (ou se vela). Portanto, em meio à variância do mundo e das legislações, necessário o recurso a um fundamento que se preste à tarefa de ajuste desse corpo normativo à contingência, à riqueza circunstancial dos fatos. Também por isso, há que se reconhecer no Direito outros elementos, os quais transcendem o âmbito meramente positivado do texto legal. A lei positiva constitui apenas um pequeno, embora importante, aspecto do fenômeno jurídico.

Daí a razão pela qual o Direito também não se limita à jurisprudência, porquanto é ela igualmente a cristalização de algo anterior, oriundo da consciência judicante. A aplicação do direito é marcada por essa busca por fundamentos, o que exige um esforço hermenêutico voltado a conferir sentido ao próprio ato de julgar. “A jurisprudência não é resultado do acaso» (GUIMARÃES, 2013, p. 70). Em não sendo resultado do acaso, ela não se basta e não pode ser justificada por si mesma.

Igualmente, a doutrina apresenta como “fato gerador” e fundamento a mesma consciência humana, nessa incessante busca pela ordem, pela coerência, pela justiça, de modo que quando um jurista interpreta um texto legal ou um precedente judicial, ele não o faz arbitrariamente; ao contrário, concentra-se em sistematizar, tornar o todo coerente, cindir o justo do injusto e o excepcional do ordinário.

O que resta patente é a existência de fundamentos em todo o

fenômeno jurídico. Para Aquiles Côrtes, o fundamento originário do Direito está no próprio ser humano, o qual aspira à justiça e à ordem, pois é o ser humano que produz as leis, que as interpreta e as aplica, além de criar a doutrina, logo, é também ele parte fundamental do Direito (GUIMARÃES, 2013, p. 56):

A questão dos fundamentos do Direito não se restringe a uma análise daquilo que constitui o seu suporte factual ou normativo que se denomina *fundamento de segunda ordem*. A estrutura normativa da ordem jurídica alicerça a efetividade da aspiração humana à justiça, mas, por si mesma, não constitui o seu fundamento, conforme se está habituado a acreditar. Os fundamentos do Direito provêm das suas essências, dos sentidos que caracterizam os seus objetos, os quais, por sua vez, são o resultado da atividade intuitiva da consciência doadora de sentidos ao mundo. Estes fundamentos são de *primeira ordem*, em função da sua própria vocação fundante da estrutura essencial do Direito, antecedendo assim a trama normativa.

Tal constatação impõe a diferenciação entre duas ordens de fundamento do Direito: o ser humano e sua aspiração de ordem e de justiça conformam o fundamento de primeira ordem, seu fundamento originário, presente em todo fenômeno jurídico; já as normas jurídicas produzidas pelo homem, como direito objetivado, positivo, representa o fundamento de segunda ordem, constituído basicamente de leis, jurisprudência e doutrina.

Toda lei tem finalidades para as quais é produzida e aplicada. Toda decisão judicial é proferida a partir de uma interpretação humana concreta, permeada de valores e finalidades; e toda doutrina é escrita pelos homens. Sem isso não seria sequer possível compreender o direito positivado.

Portanto, o que fundamenta todo o Direito, para além da positivação, é o homem e suas eternas pretensões de ordem e justiça. Essa constatação nos remete à ideia de Direito Natural, em um viés evidentemente distinto daquele que o vê como uma ordem metafísica *a priori*, que serviria de matriz para a produção do Direito positivo. Sua essência corresponde à própria ideia de natureza, procedência maior de tudo o que há, portanto, fundamento de todas as coisas. É essa a noção de jusnaturalismo posta por Aquiles Côrtes:

A noção de Direito Natural invoca a ideia de justiça. Direito Natural é aquilo que é percebido como natural na estrutura

ontológica do indivíduo. Compete ao Estado – ou a qualquer modo futuro de manutenção da obrigatoriedade da coexistência humana – garantir o que se mostra como elementar na condição humana. Nessa direção do pensamento, falar de Direito Natural significa ir ao interior, à raiz, à proveniência do pensamento jurídico, porque a experiência humana antecede a experiência jurídica normatizada. Da experiência humana radical é que procedem todas as demais dimensões do experimentar no processo de constituição do mundo e, conseqüentemente, da história. A ideia de Direito Natural se interpõe como mediação no curso interpretativo e compreensivo do Direito Positivo, na função mostrativa daquilo que é, daquilo que na visada fenomenológica da intencionalidade é percebido como constitutivo do núcleo do Direito – a essência. (GUIMARÃES, 2013, p. 60)

Um dos grandes erros dos juristas hodiernos consiste na petrificação do Direito em parâmetros fixos, imutáveis, sejam eles Códigos, Súmulas ou os livros dos tratadistas. O Direito não pode ser estagnado porque seu fundamento primário, como já mencionado, é justamente o homem, e o homem, por sua vez, tem como fundamentos a liberdade, a historicidade e a temporalidade:

Os denominados “direitos humanos” ou “direitos naturais da pessoa humana” se enraízam na naturalidade da pessoa humana, cuja essência é a liberdade. [...] Iríamos mais além, usando a linguagem heideggeriana, afirmando que o próprio fundamento do homem é a liberdade. (GUIMARÃES, 2006, p. 65)

Por sua vez, aquela aparente contradição parece aqui resurgir, pois no âmbito dessa variância há um fundamento que não varia, uma ideia de juridicidade que se alinha com o próprio valor da justiça:

Por mais que as leis sejam modificadas, permanece a ideia de Direito. Interessa-nos, neste momento, falar da sua essência como exemplificação daquilo que nele é permanente. A ideia de Direito é precedida do sentimento do Direito. Esse sentimento é fonte originária de toda organização jurídica. Sendo a destinação do Direito a realização da justiça, existe entre todos os povos uma pré-compreensão do justo e do injusto. Sendo assim, vemos que a essência do Direito não está na lei, mas na ideia de justiça. Essa ideia é um valor inerente à pessoa humana, a qual se cristaliza na tessitura de regras de conduta impostas aos

povos, em direção à realização desse valor. A essência do Direito pertence ao conteúdo referencial da vivência da justiça. Enquanto valor, a justiça é um ideal que exerce uma pregnância sobre todos os povos. Descrever as essências do Direito e da justiça é intuir e perceber os modos de equilíbrio dos povos no processo civilizatório, ou seja, os modos de ser do homem enquanto lugar radical do justo e do injusto. (GUIMARÃES, 2014, p. 77-78)

Portanto, em todo agrupamento humano, há também pretensões de ordem e de justiça. Tais pretensões são “naturais” ao homem e, portanto, são os fundamentos de primeira ordem do Direito.

Em suma, lidar com o Direito como ele realmente é implica levar em conta não apenas seus caracteres externos positivados, mas também seus fundamentos, o próprio homem, sua liberdade e sua pretensão de ordem e de justiça.

3 AS POSSIBILIDADES E OS LIMITES DA FENOMENOLOGIA JURÍDICA

Com o repúdio à atitude natural que preside nossa vida cotidiana, inclusive no âmbito da visada científica², a fenomenologia lança a demanda pela busca por fundamentos, os quais, especificamente no plano do Direito, prestam-se à tarefa de enraizamento do jurídico em algo mais originário que a mera lei.

Em uma visão sistemática fechada, o próprio plano nomogênico “resolveria o problema”, posto que tudo se encaminharia por um processo regressivo que nos remeteria à Constituição. Uma determinada lei seria válida se atendesse aos processos formais de sua produção e aos limites de conteúdo que a própria Constituição estabelece. Mas ainda aí a pergunta persistiria: qual o fundamento da Constituição? Percebendo que esse questionamento não poderia avançar indefinidamente, Kelsen lançou a necessidade de estabelecer um corte epistemológico, a fim de garantir certa clausura cientí-

2 Aqui não se faz qualquer distinção entre as grandes áreas científicas, pois sejam elas ciências da natureza ou do espírito, ao se deixarem conduzir pela atitude natural de que se falou mais acima (item 2), merecem o título de ciências naturais. Vê-se então que o termo não restringe, mas denota uma característica comum que acaba por conduzir a um alcance bem maior do que hoje se tem ordinariamente por ciência natural.

fica ao seu sistema, evitando-se a ingerência de juízos extrajurídicos no plano da Ciência do Direito.

Trata-se de um processo de formalização extrema, onde a operacionalização técnica predomina, mas sem que isso forneça uma resposta à demanda por fundamentos.

Fato é que o problema precisa ser repensado, reconhecendo-se que, para além do arcabouço da legislação positivada, dos precedentes judiciais, e mesmo no plano da Ciência do Direito, onde a interpretação doutrinária se movimenta, há algo que deve servir de parâmetro de orientação. Acostumada a lidar com essa busca por invariâncias nos múltiplos objetos dados à consciência, a fenomenologia não a dispensa também no plano jurídico.

Esse horizonte por ela inaugurado parece promissor, haja vista que fornece um princípio norteador que orienta o caminho no plano da realização prática do Direito. Em primeiro lugar, por colocar na devida ordem os processos conceituais no plano jurídico. Não são eles que se prestam a fundar o mundo da vida; ao contrário, são por ele fundados!

Essa que parece uma constatação evidente *per se*, é comumente relegada a um segundo plano. De tanto atuarmos como “operadores do Direito”, de vermos esse aparato como um manancial de ferramentas para resolver problemas, acaba-se imaginando que se determinado fenômeno não se ajusta ao conceito dado, então é o próprio fenômeno que não existe! Exemplifica-se: se é assegurado um benefício assistencial de um salário mínimo ao idoso miserável, como tal conceituado legalmente aquele que tem uma renda mensal inferior a um quarto de salário mínimo, e se ele divide uma pensão de um salário mínimo com um companheiro e dos filhos menores, então não fará jus ao benefício³.

É que se o conceito juridicamente estabelecido para a miserabilidade está vinculado a uma cifra inferior a um quarto de salário mínimo, por um centavo já não se poderia vê-lo como tal (diferença entre “igual a” e “menor que”). Ou seja, para definir se alguém faz jus ao benefício, sequer é preciso contemplar o caso “em

3 Neste caso, a renda mensal *per capita* familiar seria igual a um quarto do salário mínimo e a lei, ao caracterizar o miserável apto à percepção do benefício assistencial, exige que aquela renda seja inferior a um quarto do salário mínimo, como se apenas uma fração de centavo fosse suficiente para alterar a essência do fenômeno que se mostra.

carne e osso”, bastando a análise de alguns documentos (holerite e certidões de nascimento e/ou casamento). E se mesmo contra o conceito legalmente dado o fenômeno se apresenta como evidente (miserabilidade), simplesmente fecham-se os olhos para o mundo da vida e os volta ao mundo do Direito.

É esse um processo de idealização que inverte aquela relação originária de que se falava. Parece que o Direito ordena a realidade efetivamente. É como pretender afirmar que nos “planos Collor” a inflação realmente foi nula porque havia uma norma que assim afirmava, pouco importando a velocidade com que os preços se movimentavam no mercado.

Enfim, a fenomenologia tem essa grande contribuição, a de alertar para a existência de um fundamento de primeira ordem que não se confunde com a própria positividade, já que ela mesma demanda fundamentos. Por sua vez, é positivo remeter essa reflexão à própria ideia de mundo natural, onde o próprio homem figuraria no âmago desse processo, haja vista que está envolvido com a construção do seu próprio mundo espiritual.

O problema estaria então na identificação desse elemento último na sua própria consciência, polo originário doador de sentidos a tudo que existe. Essa perspectiva fenomenológica, que bem se pode denominar estrita, em homenagem ao seu fundador (Edmundo Husserl), talvez possa ser flexibilizada e, aproveitando a denúncia que faz, no sentido da reclamação por fundamentos originários, levar-nos a repensar o próprio lugar onde encontrá-los.

É possível lançar-se a uma pesquisa no próprio plano da nossa existência fática, onde os possíveis sentidos experimentados o serão sempre no horizonte do tempo, no plano da nossa historicidade. Ver o homem como um ente lançado no mundo, na sua própria facticidade, não deprecia esta reflexão, mas tão somente exercita o pensamento no horizonte da nossa própria finitude. E nesse plano, a necessidade de busca constante por fundamentos se traduz em uma tarefa contínua ainda mais imperativa.

Ao retomar a noção de mundo natural, ou natureza, como enraizamento fundante da existência humana, tal como acima foi exposto, talvez aí se tenha o grande marco para uma possível identificação de um fundamento primário para o próprio mundo do Direito, mesmo que daí não derive uma adesão à proposta de uma redução

transcendental.

É próprio da proposta fenomenológica, promover nossa inclinação a um contato imediato com os fenômenos, permitindo que eles se mostrem por si mesmos, naquilo que realmente são. Daí resulta a dificuldade de submissão acrítica a toda uma cadeia conceitual que, como a própria etimologia do termo sugere (do latim *capere*) traduz a ideia de agarrar, aprisionar. Entretanto, a proposta é de que nos posicionemos em certa abertura, de tal forma que o próprio fenômeno possa manifestar-se.

Essa noção está associada ao que Martin Heidegger denomina de liberdade, liberdade não no sentido técnico-jurídico ao qual se está habituado, mas no de deixar que os entes vigorem naquilo que são. Em última análise, permitir que o mundo, como significatividade⁴, possa manifestar-se. Trata-se, pois, de um sentido de liberdade que bem se harmoniza com os postulados da fenomenologia.

Esse mundo não é simplesmente o mundo de alguém determinado, mas desde sempre um mundo compartilhado (*Mitwelt*). Isso já é sugestivo da impropriedade com que alguns críticos falam da relatividade da perspectiva jurídica apoiada em uma visada ontológica heideggeriana (e mesmo gadameriana). Na verdade, o elemento diretor é a própria coisa, o próprio fenômeno que se mostra, de tal maneira que os possíveis sentidos daí decorrentes não chegam a ser arbitrários, posto que conformam um mundo que não é idealizado na singularidade de um “eu” isolado.

O que se deve ter em mente é o fato de que a formalização do mundo em conceitos acaba por obnubilar o próprio fenômeno, que se vê assim constrangido por uma forma idealizada que o captura. No plano do Direito isso pode levar a sérias consequências, notadamente a uma eventual incompatibilidade entre a mostração originária e o conceito que para ela foi estabelecido formalmente, o que acaba por distanciar, por exemplo, o juiz do próprio caso efetivo que é posto para a sua apreciação.

Além do exemplo do conceito de miserabilidade para fins assistenciais, tomado mais acima, pode-se observar o critério de va-

4 Em “Ser e tempo”, Martin Heidegger nos apresenta quatro possibilidades para o termo “mundo”, destacando aquele que é assumido como o conjunto de significados possíveis, portanto, mundo como significatividade. Nas palavras do próprio Heidegger, mundaneidade (*Weltlichkeit*), um conceito ontológico-existencial (HEIDEGGER, 1977, p. 87).

lor para a fixação da competência dos juizados especiais federais cíveis. De acordo com o art. 98 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, poderiam ser instituídos juizados especiais federais destinados ao julgamento de causas cíveis de menor complexidade. A Lei n.º 10.259/01, regulamentando o referido preceito, acabou por conceituar causa de menor complexidade como aquela cujo valor fosse de até sessenta salários mínimos (art. 3.º). Ora, “a aplicação acrítica desse critério, previsto na lei, revela-se formalista exatamente porque dispensa qualquer análise do caso que se apresenta, já concebendo uma forma ideal *a priori* do que vem a ser uma causa de menor complexidade” (CUNHA, 2011, p. 49).

Considerando que a Lei n.º 10.259, em seu art. 3.º, §3.º, estabelece como absoluta a competência dos Juizados Especiais, o critério de valor acabaria por ser insuperável. Com isso tem-se uma associação que nem sempre pode ser confirmada pelo próprio fenômeno que aparece, qual seja, a assimilação do fenômeno “causa de menor complexidade” com o seu conceito de “causa de valor de até sessenta salários mínimos”.

De fato, é bem possível que se tenham causas complexas, cujo valor seja inferior ao referido patamar, ou ainda causas extremamente simples, cujo valor seja superior a ele. É que a complexidade há que ser aferida na singularidade do próprio fenômeno, tal qual se mostra em cada caso, não podendo ser constringida por um conceito matemático formalizante, previamente estabelecido.

Não se trata de uma proposta de ativismo rebelde, que autorize os juízes federais a renunciarem ao critério legal, mas de reconhecer que, por vezes, a dissonância entre ele e o fenômeno será tão grande que não poderá ser sustentada a equiparação legalmente pretendida. Por isso mesmo é que, diante de tal contexto, Tribunais Regionais Federais têm reconhecido a impossibilidade de o Juizado Especial julgar casos em que, a despeito do seu valor inferior a sessenta salários mínimos, envolvem questões complexas, sobretudo aquelas que demandem a intervenção de técnicos e equipamentos especializados para a realização de perícias que não sejam simples. Como exemplo, tem-se o seguinte precedente (Conflito de Competência nº 00084475020164010000, TRF1, 1.ª Seção, Relator Juiz Federal Convocado César Cintra Jatahy Fonseca, e-DJF1 DATA:17/05/2016):

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E JUÍZO FEDERAL. VALOR DA CAUSA. OBSERVÂNCIA DO GRAU DE COMPLEXIDADE DA CAUSA. EXAME TÉCNICO. PERÍCIA COMPLEXA.

A determinação da competência para processamento e julgamento do processo originário, depende do enquadramento, ou não, do litígio no conceito de causa de menor complexidade, previsto no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, ainda que o valor atribuído à causa esteja dentro do limite previsto no artigo 3º da Lei nº 10.259/2001. 2. O rito dos Juizados Especiais Federais possibilita a realização de exame técnico, art. 12 da Lei 10.259/2001. Ao empregar no texto da lei as palavras “exame técnico” e não a palavra “perícia”, como no CPC, o legislador buscou diferenciar o trabalho do expert do juízo no rito dos JEFs, de modo que esse fosse mais simples e rápido. Contudo, a mera necessidade de perícia não afasta a competência do JEF. 3. A ação originária demanda a realização de perícia com o objetivo de se verificar, no ambiente de trabalho da parte autora, se de fato houve a realização de labor em condições de penosidade e/ou insalubridade. A perícia exigida deve ser considerada complexa, tendo em vista o necessário deslocamento do perito e a utilização de equipamentos de análise ambiental. (CC 0046672-76.2015.4.01.0000 - Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas - 19.11 2015). 4. Conflito conhecido para declarar a competência Juízo Federal da 19ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, suscitante. (grifo nosso)

Portanto, se o Direito for visualizado como um dos modos possíveis de expressão da própria existência humana, fundada que ela é no próprio mundo, esse enraizamento também se projeta a ele, de tal forma que a proveniência maior dos seus institutos e conceitos deve ser vista no próprio mundo da vida; e não o contrário, como se fosse possível constringer o mundo a ser o que se conceitua dele.

Essa perspectiva, longe de promover um ativismo judicial rebelde, é o que proporciona a devida correlação entre Direito e mundo, entre julgamento e caso julgado, entre o Direito e o seu próprio fundamento.

4 CONCLUSÃO

Em função da posição hegemônica que as ciências naturais conquistaram, observa-se uma tendência histórica de apropriação dos seus métodos também no campo das ciências do espírito. Ocorre que a pretensa objetividade que daí se espera, com os consequentes ganhos na obtenção de previsibilidade e segurança, acaba sendo frustrada, sobretudo em função da desconsideração do fato de que aqui se lida com o mundo da cultura, o qual envolve o próprio homem, enquanto lhe serve de *habitat* espiritual, por ele mesmo construído e constantemente renovado, em uma dinâmica que não se pode justificar pelos mecanismos puramente empírico-dedutivos.

Ademais, a racionalidade científica se erige sob a promessa de construção de um mundo melhor, conduzido sob o marco do progresso e do desenvolvimento, promessa essa que não se materializou, segundo Husserl, precisamente porque esse projeto se desencaminhou no seu curso, gerando uma crise que acabou por atingir toda a humanidade. Por sua vez, esse descaminho teria resultado da ausência de um *télos* que lhe servisse de orientação. Esse quadro reclama o repensar crítico da situação, voltado à busca por uma orientação pela busca de uma fundação sólida. A tarefa da fenomenologia seria a de proporcionar esse solo fundante.

Tudo isso revela a carência de fundamentos, deficiência que também é observada no campo do Direito. Mas, afinal, o que o funda? A Constituição? As leis? A jurisprudência? De certo modo sim, haja vista que é por meio delas que as pretensões são sustentadas nos tribunais, bem como, por elas que juízes fundamentam as suas decisões. Entretanto, trata-se de um fundamento secundário, pois eles mesmos carecem de fundamentação.

No desenvolvimento do presente estudo, sustenta-se que a proveniência maior de tudo o que há é o próprio mundo da vida, o qual se mostra no desvelar dos entes, enquanto aparição originária. Portanto, em uma nítida visada fenomenológica, devemos situar-nos em uma posição de abertura, a fim de que os fenômenos se apresentem e os entes se mostrem naquilo que são.

Esse que parece ser um postulado simplório e evidente, ordinariamente costuma ser negligenciado, por exemplo, quando se coloca em ação um arsenal de conceitos (jurídicos), que acaba por obscurecer os próprios fenômenos. É que estamos tão habituados a

submeter-nos a essa postura logocêntrica, que deles (os conceitos) dificilmente nos afastamos, mesmo quando não reflitam aquilo que realmente nos aparece. Ao longo do trabalho alguns exemplos foram utilizados para ilustrar essa situação.

De qualquer forma, ela revela uma distorção enorme, porquanto inverte-se a ordem original entre aquilo que funda e o que é fundado. Não são os conceitos que fundam o mundo; ao contrário, são por ele fundados. Assim, quando se tenta submeter a fórceps algo a um conceito, a pretexto do apego a um suposto ideal de segurança, acaba-se por gerar um problema ainda maior.

Portanto, sem a pretensão de apologia a um ativismo judicial inconsequente, postula-se a possibilidade de afastar certos conceitos jurídico-normativos, quando em evidente descompasso com o próprio fenômeno que se desvela. Afinal, juízes e advogados lidam com casos!

REFERÊNCIAS

CUNHA, R. A. *Segurança jurídica e crise no direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

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

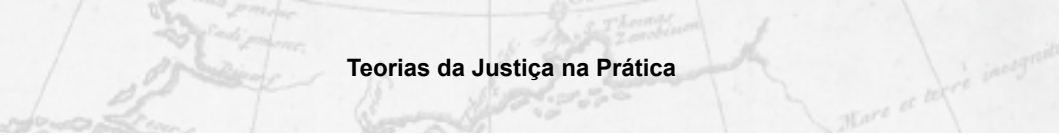
GUIMARÃES, A. C. *Fenomenologia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GUIMARÃES, A. C. *Lições de fenomenologia jurídica*. Rio de Janeiro: GEN, 2013.

GUIMARÃES, A. C. Aproximação aos conceitos da fenomenologia. In: (ORG.), R. A. V. C. *Filosofia e Direito: ética, hermenêutica e jurisdição*. Vitória: Justiça Federal - SJES, 2014. p. 67-80.

HEIDEGGER, M. *Sein und Zeit*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, v. Gesamtausgabe 2, 1977.

HUSSERL, E. *Europa: crise e renovação*. Lisboa: Universidade de



Teorias da Justiça na Prática

Lisboa, 2006.

Princípio da supremacia do interesse público e teorias utilitaristas de justiça

Ronald Krüger Rodor

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, no confronto entre o direito individual e o direito de uma coletividade, representado pelo Estado, este último quase sempre se mostra prevalente. Mesmo no Estado constitucional moderno, as regras de direito público são editadas sob influência de um princípio vetor, que se coloca como contraponto à sujeição do poder público à legalidade, que é o da primazia do interesse público sobre o privado. Essa primazia também se reflete na interpretação das normas de direito público, em especial do direito administrativo.

A intenção do presente artigo é examinar a relação existente entre o princípio da supremacia ou primazia do interesse público sobre o privado, de ampla aplicação no direito administrativo brasileiro, servindo, inclusive, de inspiração para diversas normas legais que regem as relações entre o Estado e os administrados, e as teorias utilitaristas da Justiça.

Para tanto, faremos um rápido retrospecto do utilitarismo como filosofia política e sua influência no direito, assim como lembraremos a evolução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado para determinarmos se existe relação direta entre os dois.

Ainda que não se reconheça a relação direta entre as teorias utilitaristas e o surgimento e evolução desse princípio basilar do

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

direito administrativo, não há como negar que a finalidade primordial deste último é o atendimento ao interesse maior da coletividade, uma lógica consequencialista que o aproxima do utilitarismo.

Assim, um segundo objetivo do artigo é esclarecer os pontos de aproximação do princípio, e das normas legais nele inspiradas, com as teorias utilitaristas, bem assim determinar em que medida nosso direito positivo se distancia destas, quando faz, por exemplo, concessões aos direitos individuais.

2 TEORIAS UTILITARISTAS: UTILITARISMO CLÁSSICO E VARIANTES MODERNAS

Como nos ensina Mulgan (2012, p. 7), “*o utilitarismo é uma ampla tradição do pensamento filosófico e social, não um princípio único. A ideia utilitarista central consiste em que a moralidade e a política estão (e devem estar) centralmente preocupadas com a promoção da felicidade*”.

Existe uma linha mestra nesse pensamento que parece ser bastante intuitiva e óbvia, que é conduzir nossa vida, tanto no plano individual quanto no que respeita à nossa participação na comunidade, nas nossas deliberações políticas, com a finalidade de tornar melhor a vida das pessoas.

A busca dessa maior felicidade, no entanto, pode trazer consequências deletérias para determinadas pessoas. É que no processo da promoção dessa maior felicidade, se considerarmos o utilitarismo na sua versão mais coletivista e clássica, o atendimento do interesse da maioria pode importar no sacrifício do direito individual de certas pessoas ou classes de pessoas, e isso seria plenamente válido e eticamente defensável para os utilitaristas, posto estar sendo atendido o escopo maior da teoria.

São apontadas, então, duas grandes objeções ao utilitarismo (SANDEL: 2012, pp. 51-63). A primeira, e mais flagrante, é que o utilitarismo não consegue respeitar os direitos individuais, pois, ao considerar apenas a soma das satisfações, pode ser mais cruel com o indivíduo isolado. Para o utilitarismo, os indivíduos têm importância apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais. A segunda, é que o utilitarismo procura mostrar-se como uma ciência de moralidade baseada

na quantificação, na agregação e no cômputo geral da felicidade. Não há um sopesamento das preferências, o que gera enormes dificuldades na aplicação prática da teoria, pois é irreal pensar que existe uma “moeda comum” em que se possa julgar e pesar todas as preferências. O exemplo dado por Sandel (2012, pp. 56-57), envolvendo a atuação da Philip Morris na República Tcheca², mostra como a simples análise do custo-benefício pode ser eticamente indefensável.

Esses testes à validade da teoria nos mostram como seria difícil conviver com uma sociedade que adotasse o utilitarismo como princípio político a ser perseguido. Por outro lado, os críticos costumam desconsiderar o fato de que essa filosofia moral tem uma longa tradição, com muitas variações e correntes de pensamento que procuraram adaptar as ideias utilitaristas para tornar mais palatáveis a teoria. Da mesma forma, ideias utilitaristas, ainda que colaterais à linha mestra da teoria, estão amplamente difundidas na atualidade, constituindo a finalidade perseguida por muitas teorias econômicas, assim como consagradas em regras do direito positivo.

O utilitarismo somente se tornou uma escola filosófica distinta no final do século XVIII, a partir dos trabalhos de Paley (1785), Bentham (1789) e Godwin (1793). Na época, Bentham era o menos famoso, alcançando um público comparativamente menor que os outros dois, mas hoje é inegavelmente identificado como o idealizador do utilitarismo, em sua versão clássica (MULGAN: 2012, p. 14).

Bentham tinha formação jurídica e muitas de suas ideias estavam ligadas à reforma das instituições jurídicas inglesas, das quais era um profundo crítico, em particular as penais, e mais especificamente ainda o sistema penitenciário. No seu Panóptico já propugnavam, por exemplo, pela exploração privada dos estabelecimentos prisionais, ao advogar:

Para ir imediatamente ao ponto, eu faria tudo por contrato. Eu faria uma cessão dos lucros, dos não-lucros ou, se quiser, das perdas, àquele que, sendo em outros aspectos pouco excepcional, oferecesse as melhores condições. Considerando-se o tipo de pessoas a serem submetidas à sua administração e sob essas

2 O autor faz alusão à infeliz defesa, feita pela companhia de tabaco, de que os valores arrecadados, a título de impostos, pelo governo tcheco, era superior aos gastos que este teria com o sistema de saúde, no tratamento de pessoas doentes em decorrência do hábito de fumar.

circunstâncias, assumir um empreendimento novo com sucesso, com todas as suas implicações, pode ser comparado a uma invenção, merecendo ser recompensado exatamente da mesma forma que o sucesso em outras invenções: pelo lucro que um monopólio, assegurado pela patente, permite a um homem, em proporção ao sucesso que constitui seu mérito.

Bentham era, ainda, adepto do hedonismo, e por isso também foi muito criticado. Ele dizia que o prazer era inteiramente determinado por sete medidas de quantidade: intensidade, duração, certeza ou incerteza, proximidade ou afastamento, fecundidade, pureza e extensão (MULGAN: 2012, p. 18).

Suas recomendações, no entanto, eram muito mais dirigidas ao legislador do que ao indivíduo. O legislador deveria considerar as preferências das pessoas como o guia mais confiável para a sua felicidade.

Mulgan defende que muitas críticas ao utilitarismo são equivocadas. Por exemplo, a tradicional alegação dos detratores do utilitarismo de que a escravidão seria legítima desde que a infelicidade dos escravos fosse compensada por outros benefícios, como econômicos por exemplo, jamais seria, diz aquele, corroborada por Bentham, pois quando ele usa a frase “a maior felicidade do maior número”, estaria invariavelmente querendo dizer tanto que os interesses dos muito impotentes devem ter precedência sobre os interesses dos poucos poderosos, como que se um determinado benefício não puder ser provido a todos, então ele deve ser provido a tantas pessoas quantas seja possível” (2012, p. 19).

Embora nos pareça certo concluir que os teóricos originais não corroborariam os aspectos negativos de suas teorias, se tivessem previsto eles com a antecedência devida, nos parece igualmente certo que a defesa do utilitarismo, como parece fazer Mulgan em alguns momentos, depende mais da mudança da própria teoria, nos aspectos em que ela se mostra eticamente vulnerável, do que tentar adaptar a mensagem original a conceitos mais modernos do que se considera como sendo o justo.

Nesse aspecto, J. Stuart Mill, parece ter sido mais coerente, pois de fato tentou reconstruir a teoria, eliminando os pontos mais fracos do utilitarismo de Bentham. Mill, nas palavras de Sandel, “tentou salvar o utilitarismo reformulando-o como uma doutrina

mais humana e menos calculista” (2012, p. 63). Mill fez uma árdua tentativa de conciliar os direitos dos indivíduos com a filosofia utilitarista, provavelmente em razão de sua formação mais liberal.

Embora em seu *Utilitarismo*, de 1861, Mill aproveite a ideia central de Bentham, também adotando o princípio da máxima felicidade, no que se refere, por exemplo, à política a seguir para melhorar as condições dos trabalhadores, rejeitou a teoria que chama de “teoria da dependência e da proteção”, segundo a qual “o destino dos pobres e tudo o que lhes diz respeito como classe deveriam ser regulados em seu interesse, mas não por eles” (REALE; ANTISERI, 2007, p. 323).

A chamada mudança do utilitarismo de ato para utilitarismo de regra, feita por Mill, não é suficiente, no entanto, para afastar as críticas à teoria. A própria maximização da felicidade como finalidade última de todas as pessoas é questionada por alguns, como Richard Posner (2011, pp. 99-100) ao dizer que

[...] poucas pessoas acreditam realmente que maximizar a felicidade, o contentamento, a alegria, a satisfação de preferências, a quantidade de prazer em comparação com a dor, ou qualquer outra versão da utilidade seja ou deva ser o objetivo da vida de alguém (e não há como provar que elas estejam erradas). A felicidade é importante para a maioria das pessoas, mas não é tudo.

Para Kolm (2000, p. 505) o utilitarismo sempre foi restrito a duas subculturas, a dos filósofos de língua inglesa dos dois últimos séculos e a dos economistas acadêmicos das últimas décadas. Essa visão, que pretende relativizar a importância das ideias utilitaristas, parece ser desmentida pelo próprio autor na medida em que reconhece que “*a maioria das contribuições para a ética social e a filosofia política desde meados do século XX tenham surgido como reações contra o utilitarismo*” (2000, p. 507).

O próprio autor, ademais, trata de identificar nada menos do que dez teorias, que denomina de utilitariformes, que teriam ao menos traços do utilitarismo clássico e que acabaram sendo adotadas ou influenciado, principalmente, o pensamento econômico do século XX. Não nos cabe aqui detalhar cada uma delas, até porque algumas possuem um vínculo por demais estreito com o utilitarismo clássico. O próprio Kolm separa as teorias em grupos, identificando

algumas como utilitarismos remotos.

Dentre as teorias utilitariformes identificadas por Kolm algumas podem ser vislumbradas, na essência de suas ideias, como inspiração clara para muitas políticas legislativas e públicas. Nesse aspecto, podemos citar a *teoria do excedente*, desenvolvida a partir do método econômico idealizado por Dupuit³, que estabelece o critério de excedente e afirma que o projeto (público) deve ser realizado se, e apenas se, o excedente for positivo, e que a alternativa que oferece o excedente mais alto deve ser selecionada (2000, pp. 525-531). As teorias da renda social e da função do bem-estar social, por outro lado, também seriam inspiradas no utilitarismo, na medida em que o conceito de bem-estar social seria a soma dos bem-estares individuais (2000, pp. 531-532).

A maioria dessas variantes modernas, no entanto, tentam preservar as preferências individuais, se afastando do consequencialismo pragmático do utilitarismo clássico, embora não estejam infensas a críticas. A renda, por exemplo, como diz Kolm ao abordar as variantes do bem-estar e da renda social, pode ser acrescida, mas omite todas as causas pessoais e, em particular, as subjetivas do bem-estar.

Para arremate, temos de reconhecer, em Kolm, como correta a visão histórica do surgimento do utilitarismo (o clássico) como reação do pensamento liberal inglês, no campo ideológico, ao ideal surgido com as revoluções americana e francesa (2000, p. 507). Faltou ao autor, no entanto, dar continuidade ao pensamento, e reconhecer que o utilitarismo serviu como fundamento teórico ideal ao totalitarismo, de esquerda e de direita, da primeira metade do século XX, pois a maximização da felicidade da maioria é o fundamento precípua de qualquer ideal coletivista, em especial aquele que pressupõe o Estado como o único capaz de arbitrar a distribuição da riqueza. Nesse aspecto, parece equivocada, repetimos, concluir que o utilitarismo teve aplicação tão restrita na história como aludido pelo citado autor.

Para nós, o pensamento utilitarista, não como um todo, mas em aspectos específicos, ainda está presente em diversas escolhas estatais, da construção das normas legais à aplicação destas. O prin-

3 Jules Emile Juvénal Dupuit (1804-1866), engenheiro e economista francês, escreveu, em 1849, um artigo sobre portagens (pedágio), no qual desenvolveu uma teoria da utilidade e idealizou o chamado “excedente do consumidor”.

cípio vetor do direito administrativo, qual seja, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, reflete uma escolha utilitarista, ainda que, modernamente, minimizado por compensações aos direitos individuais, como veremos.

3 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: ORIGEM, EVOLUÇÃO E DEFINIÇÃO

Curiosamente, embora apareça como fundamento de praticamente toda e qualquer intervenção estatal sobre o patrimônio e a atividade privadas, o princípio da supremacia do interesse público não restou expressamente elencado no rol do art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, como princípio basilar a orientar a atuação da Administração Pública.

Da mesma forma, não é expressamente citado na maioria dos textos legais sobre matéria administrativa, embora esteja na gênese da inspiração e fundamentação legislativa de muitas destas normas.

Somente com a Lei nº 9.784, de 29.01.1999, regulamentadora do processo administrativo no âmbito federal, é que se explicitou, em seu art. 2º, constituir o referido princípio um dos vetores de atuação da Administração Pública. A própria Lei cuida de invocar a expressão “interesse público” outras quatro vezes em seu texto (arts. 2º, parágrafo único, III e VI, 51, §2º e 55), mas em sentidos de aplicação estrita.

Nesse sentido estrito, de supedâneo para uma atuação específica da Administração Pública, a lei muitas vezes se utiliza de expressões que estão contidas no conceito mais amplo de interesse público. Com efeito, quando o legislador se refere, por exemplo, à alguma atuação estatal para o bem da saúde pública, não se têm dúvidas que está se referindo, também, ao interesse público, pois a noção daquela está contida neste. Assim, por exemplo, disposições da legislação sanitária, como o §6º do art. 23 da Lei nº 9.782, de 26.01.1999, e o art. 32 da Lei nº 5.991, de 17.12.1973⁴, ao se

4 Essa Lei também fala expressamente em interesse público no art. 15, §3º, ao dispor: *Em razão do interesse público, caracterizada a necessidade da existência de farmácia ou drogaria, e na falta do farmacêutico, o órgão sanitário de fiscalização local licenciará os estabelecimentos sob a responsabilidade técnica de prático*

referirem à atuação estatal para o bem da saúde pública, também estão prevendo que o interesse público prevalece sobre os interesses privados, nos casos citados em particular, sobre os interesses dos fabricantes e comerciantes de medicamentos.

É preciso lembrar que a expressão interesse público é polissêmica. Do ponto de vista semântico têm diferentes e variadas acepções. Na própria Carta Magna de 1988, embora o princípio da supremacia do interesse público não esteja previsto de forma expressa, a expressão “interesse público” foi utilizada diversas vezes, para fundamentar diferentes atuações estatais, vinculadas ou não ao direito administrativo. Com efeito, o termo subsidia desde a contratação de servidores estatais temporários (art. 37, IX) até a convocação extraordinária do Congresso Nacional (art. 57, §6º, II).

Disposições como a do art. 66, §1º, da CF/88, quando aludem ao interesse público como fundamento para o veto presidencial no processo legislativo deixam claro que existe uma outra dimensão da expressão, de ordem mais política, tema de estudo do direito constitucional e da ciência política, que não necessariamente se confunde com o princípio em exame. Esse interesse público, de exame discricionário pela autoridade política, não corresponde ao do direito administrativo, regido pela legalidade estrita e que pressupõe a devida motivação administrativa para efeito de controle jurisdicional.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 87) nos esclarece que

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. Para o Direito Administrativo interessam apenas os aspectos de sua expressão na esfera administrativa. Para não deixar sem referência constitucional algumas implicações concretas especificamente dispostas na Lei Maior e pertinentes ao Direito Administrativo, basta referir

de farmácia, oficial de farmácia ou outro, igualmente inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei.

Princípio da supremacia do interesse público e teorias utilitaristas de justiça

os institutos da desapropriação e da requisição (art. 5º, XXIV e XXV), nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o privado.

Este mesmo autor nos esclarece (2004, p. 53), então, que o interesse público “*deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*”.

A formação dos estados nacionais e constitucionais do século XIX se dá com forte influência das doutrinas política e jurídica forjadas sob influência dos ideais revolucionários de 1776 e 1789. O poder estatal não será mais fundado no direito divino em que os reis absolutistas baseavam suas ações, mas sim no império da lei, devidamente aprovada por representantes eleitos.

A limitação da atuação estatal aos parâmetros definidos e demarcados pelo legislador não significa a extinção das prerrogativas do poder público sobre o particular. Ou seja, o princípio da supremacia do interesse público, como acima visto, é inerente ao convívio social, só que não caberia mais discricionariamente ao governante, rei ou imperador, dizer onde ele se verificava, e sim à lei, de forma prévia, apontar os casos em que o direito individual seria sacrificado ou mitigado em proveito do interesse da coletividade. Mais do que isso, o sacrifício desse direito, muitas vezes, seria compensado, mediante indenização.

Essa constatação é identificada pela doutrina nacional administrativista desde seus primórdios. Como nos esclarece Eunice Ferreira Nequete, em excelente dissertação sobre os fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público, Vicente Pereira do Rego, autor do primeiro livro doutrinário de direito administrativo brasileiro, embora tivesse certa dificuldade em dizer claramente que o interesse privado cedia ao interesse público, enfatizando mais a necessidade de observância da lei pelo Estado e, por influência francesa, a não submissão dos atos do Executivo ao crivo do Judiciário, defendendo uma espécie de jurisdição contenciosa administrativa, deixou claramente observado, ao se referir ao instituto da desapropriação, que “*o interesse particular cede à utilidade geral*”.

A doutrina posterior sempre irá ressaltar a necessária vincu-

lação e subordinação do exercício do poder estatal ao Direito. Estado e direito são vistos como duas faces de uma mesma moeda. Viveiros Castro (1914, p. 6) enfatizava:

[...] na ordem social domina também um elemento atomístico, enquanto as relações de homem a homem são determinadas pelo fim egoístico, da satisfação das necessidades individuais, procurando cada um obter a maior soma de vantagens, embora com prejuízos de seus semelhantes.

Ora, essa tendência, se não fosse refreada, agiria como uma força dissolvente da própria sociedade; logo se faz precisa a formação de um poder coercivo que assegure a existência da sociedade mediante regras de direito, e assim surgiu naturalmente o Estado.

Oliveira Santos (1919, p. 51), em contrapartida, entendia que a ação dirigente do poder administrativo e os limites da administração estavam subordinados, por força de sua própria natureza, ao princípio sobre o qual se assenta o Estado. Se o princípio é liberal, liberal há de ser, também, a atuação da Administração Pública. Essa era apenas uma constatação do autor, que, como todos de sua época, e depois de expor as inúmeras teorias sobre o assunto, defendia a submissão estatal ao império estrito da lei.

A ênfase que o direito administrativo primordial, inspirado nos ideais revolucionários, concedeu ao respeito dos direitos individuais, em contraposição extrema ao arbítrio estatal anterior, torna difícil extrair claramente dos doutrinadores do século XIX e início do século XX, a constatação óbvia que o interesse público continuava preponderando, embora aqueles se vissem obrigados a reconhecer sua existência nas entrelinhas de suas explicações e justificações quanto à própria existência do Estado. O realce dado à legalidade não desconstrói a primazia do interesse público, apenas o qualifica, exigindo que este esteja previamente enquadrado e delimitado pela lei.

Isso pode ser claramente percebido em matéria de desapropriações, uma vez que nem durante o Império houve maiores questionamentos ou dúvidas quanto à possibilidade de a lei estabelecer os casos em que caberia a desapropriação por utilidade pública, representação mais óbvia e clara de sujeição do direito individual ao público.

Princípio da supremacia do interesse público e teorias utilitaristas de justiça

Relembre-se, no entanto, que na regulamentação da matéria à época do Império, pelo Decreto nº 353, de 12.07.1845, já eram previstas inúmeras garantias aos proprietários, a saber: **a**) intimação prévia sobre o planos das obras, com direito de apresentar reclamação junto à Câmara Municipal (art. 3º); **b**) encaminhamento das reclamações ao Presidente da Província, com o parecer da Câmara, que podia decidir pela alteração do plano de obras, ou encaminhá-lo para aprovação Imperial (arts. 6º e 7º); **c**) processamento da desapropriação judicialmente (art. 11) com oferecimento da proposta de indenização pelo Procurador da Coroa ou outro Agente do Poder Executivo para isso designado (art. 13); **d**) no caso de recusa quanto à aceitação da proposta de indenização, era designada uma lista especial de jurados, constituída de dezoito proprietários do município, dos quais se extraíam três nomes para decidirem quanto à fixação da indenização (arts. 17 e 22); **e**) só após a fixação da indenização poderia ser expedido mandado de imissão na posse (art. 30).

Isto não significa que não tenha havido evolução no tema. A Constituição de 1824 dizia que a indenização deveria ser prévia, mas estabelecia ao mesmo tempo que a lei poderia estabelecer exceções (art. 179, XXII). Já a Constituição republicana de 1891 não contém qualquer tipo de exceção à indenização prévia por desapropriações por utilidade ou necessidade públicas (art. 72, § 17).

Curiosamente, em matéria de direito de propriedade, o interesse público, a partir do Estado do Bem-estar Social, vai ganhando contornos um pouco distintos, se conformando, muitas vezes, ao que se denomina de “interesse social”. Assim, a propriedade particular, não está mais sujeita apenas à possibilidade de expropriação para atendimento de um interesse público imediato, como a construção de uma obra pública de interesse coletivo, mas também deverá, o próprio domínio privado, sujeitar-se à conformações de uso obrigatório que cumpra uma função para a sociedade como um todo, ou seja, que reverta em proveito para ela, ainda que indiretamente, por exemplo, com a efetiva produção de riquezas.

Não caberia aqui fazermos estudo detido desta transformação. Apenas destacamos sua ocorrência, como mais um momento histórico definidor do aprofundamento do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. No caso brasileiro, esse movimento encontra sua gênese na Constituição da República de 1946

(art. 141, §16º) e na Lei 4.132/1962, quando se dá a previsão e posterior regulamentação da chamada desapropriação por interesse social, sendo definitivamente marcado com a adoção da chamada função social da propriedade pela Constituição Federal de 1988 (arts. 182, §2º, 184 e 186)⁵.

Para arrematar, podemos definir o princípio da supremacia do interesse público como o princípio geral do Direito Administrativo que fundamenta as prerrogativas que detém a Administração Pública frente ao particular, sempre obedecidos limites impostos pelo legislador quanto ao exercício daquelas, e com finalidade específica e única de atender ao interesse público.

Com esse princípio está conectado o da indisponibilidade do interesse público (MOREIRA NETO: 2001, p. 88), que informa o dever de atuação da Administração Pública visando à satisfação do interesse público, e conseqüentemente, a impossibilidade de renúncia, pelo administrador, dos poderes-deveres que detém para tal prossecução.

O princípio da supremacia do interesse público estará presente, conforme ensina a doutrina (DI PIETRO: 2013, pp. 65-66), tanto no momento de elaboração da lei, inspirando o legislador, como no momento de sua execução em concreto pela Administração Pública, vinculando a autoridade administrativa em toda a sua atuação.

Não desconhecemos, por derradeiro, a existência de críticas à compreensão do que é interesse público, nem tampouco a existência de abalizada doutrina que pretende substituir o conceito pelo de “interesse coletivo” (JUSTEN FILHO: 2006, p. 46), mas para os fins desse artigo repetimos a expressão mais consagrada nos meios jurídicos, embora corroborando a opinião daqueles que enfatizam que interesse público não se confunde necessariamente com interesse do Estado, com interesse do aparato administrativo e nem muito menos com interesse do agente público.

5 Dispositivos regulamentados em nível infraconstitucional pelas Leis nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e 8.629/1993. Especificamente quanto ao procedimento especial de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária, previsto no § 3º do art. 184 da CF/88, foi editada a Lei Complementar nº 76/1993. As demais desapropriações ainda seguem o rito procedimental estatuído pelo Decreto-lei nº 3.365/1941.

4 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E POSSÍVEL EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO COM O PENSAMENTO UTILITARISTA. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO HISTÓRICO QUANTO À ORIGEM, MAS COINCIDÊNCIA QUANTO AO APROVEITAMENTO DAS IDÉIAS UTILITARISTAS

Apresentados em seus delineamentos gerais tanto as teorias utilitaristas quanto o princípio da supremacia do interesse público, parece, num primeiro momento, que as primeiras justificam e, talvez, tenham mesmo inspirado a idealização do segundo.

Não é esta, no entanto, a conclusão correta.

Com efeito, o princípio da supremacia do interesse público, na verdade, é anterior à própria consagração dos ideais liberais advindos das duas grandes revoluções (americana e francesa).

Como bem adverte Eunice Ferreira Nequete (2005, p. 73), a ideia de interesse público já havia sido apropriada pelo Absolutismo, por inspiração da obra de Jean Bodin, especialmente em *Les six livres de la republique*. Portanto, a noção de interesse público não nasce com o liberalismo, pelo contrário, ela se transforma tão-somente, deixando a esfera de apropriação do soberano, para servir ao princípio da legalidade.

O princípio da legalidade, consagrado pelo Estado de Direito, impõe sujeições ao Estado, e, por consequência, ao governante, obrigando-os ao estrito cumprimento da lei e a inúmeras limitações, como, por exemplo, nas contratações de pessoal, nas alienações e aquisições de bens públicos, etc. Em contrapartida, para atender ao interesse da coletividade e, ao fim e ao cabo, também permitir a convivência dos indivíduos em sociedade, confere à Administração Pública certas prerrogativas e poderes para lhe permitir o atingimento de suas finalidades. Não por outra razão, alguns autores identificam o princípio da supremacia do interesse público como princípio da finalidade pública (MOREIRA NETO: 2001, p. 92).

O utilitarismo, por sua vez, é uma reação ideológica do pensamento liberal inglês às idéias advindas da Revolução Francesa. Mas, não é uma reação de contraposição absoluta de idéias,

e sim de apresentação de alternativas ao Absolutismo que fossem, digamos, mais palatáveis, sem o radicalismo revolucionário. Não é desconhecida a desconfiança do pensamento inglês ao processo revolucionário de 1789-1799, em parte, claro, decorrente do receio do possível efeito contaminante daquele processo em outros países. Mas, a Inglaterra do final do século XVIII não é mais a Inglaterra de Henrique VIII. A monarquia já havia sido domada e enquadrada pelo Parlamento desde, pelo menos, o fim do governo Jaime II, em 1688. Podemos dizer que já era, em essência, um país liberal, tendo chegado a esse resultado por via distinta daquela trilhada pela Europa continental.

É certo que não faltam aqueles que vejam o ideário da Revolução de 1789 como tendo servido de inspiração ao próprio Bentham. Com efeito, Alain Caillé, em artigo intitulado “*o princípio da razão, o utilitarismo e o antiutilitarismo*” credita a Jacques Domech a idéia que a retórica dos revolucionários franceses é profundamente utilitarista e que Bentham, inclusive, foi feito cidadão francês honorário pela Revolução.

Em que pese tal posição, preferimos seguir a ideia de “alternativa palatável” que parece defluir de Kolm, conforme explicação dada para o surgimento da escola filosófica utilitarista, citada anteriormente.

Mas, se existe, de certa forma, essa aproximação, se o utilitarismo surgiu para servir de alternativa ao ideário revolucionário, não é de se estranhar que o princípio da supremacia do interesse público também possa ser justificado pelas teorias utilitaristas. Com efeito, ele é, em essência, um princípio utilitarista, no sentido de que cumpre a principal e primordial função do utilitarismo, que é a maximização da felicidade geral, traduzida no princípio como a primazia do interesse coletivo sobre o particular.

A grande diferença quanto à origem do princípio da supremacia do interesse público, qual seja, de reconhecermos que este não assenta seu nascimento nas teorias utilitaristas mas sim na necessidade de conformação do princípio da legalidade ao atendimento do interesse coletivo, está exatamente no respeito maior ao direito individual que o utilitarismo clássico não levava em grande conta, não porque fosse abertamente contrário a ele ou defendesse sua supressão, mas sim porque não constava das preocupações maiores da

doutrina de Bentham a ação individual como ação voltada ao atendimento de uma necessidade individual.

Nesse sentido, embora o Estado de Direito criado após os movimentos revolucionários do final do século XVIII tenha um compromisso necessário com o respeito aos direitos individuais, o que resultará na edição das Constituições políticas do início do século XIX, que consagrarão os direitos individuais em suas disposições, nunca se retirará do Estado a prerrogativa de suprimir ou mitigar tais direitos quando necessário ao atendimento do interesse público. Essa ação, no entanto, além de dever estar prevista previamente em lei que a autorize, deverá resultar em uma compensação aos indivíduos afetados.

Esse processo, de maior respeito ao direito individual, com compensações quando inevitável o sacrifício, também será contínuo e dinâmico, com as garantias sendo gradativamente ampliadas e alargadas, e sujeitas a retrocessos eventuais, não só no plano puramente individual, mas também indiretamente, com o surgimento de direitos de outra ordem, os sociais, a partir do final do século XIX e início do século XX.

O utilitarismo também irá se adaptar a essas evoluções, mitigando as falhas das teorias clássicas originais, em especial a de Bentham, com a procura de maiores salvaguardas ao direito individual, processo que se inicia com a revisão das teorias originais ainda por John Stuart Mill.

Há quem veja, inclusive, que o utilitarismo ainda seja uma doutrina filosófica relevante, inclusive para o pensamento sobre uma ética global, considerando a existência de profundas desigualdades sociais, se levarmos em conta as relações internacionais. Sobre isso, Mulgan (2012: p. 229-230) nos diz que

O utilitarismo surgiu na Grã-Bretanha nos séculos XVIII e XIX, em uma sociedade de democracia muito limitada, pobreza generalizada e considerável corrupção e ineficiência. As críticas e as atividades dos utilitaristas desempenharam um papel fundamental na melhoria desta situação. Em termos utilitaristas, as sociedades ocidentais modernas estão muito melhores hoje do que nos dias dos primeiros utilitaristas. Mas a nossa situação global é, em muitos aspectos cruciais, pelo menos tão ruim. O mundo das relações internacionais não é democrático, e o fosso entre as nações mais ricas e as mais pobres do mundo (em

termos de riqueza, expectativa de vida, alfabetização, direitos civis e políticos, ou saúde) é de longe muito maior que o fosso entre ricos e pobres mesmo no país com maior desigualdade. Os utilitaristas contemporâneos baseiam-se nos primórdios do utilitarismo para fornecer críticas, frequentemente muito radicais, ao direito e à política internacional.

5 REFLEXOS DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: A BUSCA DO RESPEITO AO DIREITO INDIVIDUAL E A EXISTÊNCIA DE POSSÍVEIS INFLUÊNCIAS DO UTILITARISMO CLÁSSICO

Assentado que o princípio da supremacia do interesse público continua predominante como princípio vetor de nosso direito administrativo, tanto no processo de criação quanto no processo de interpretação das normas jurídicas, cabe a nós, para não cairmos na armadilha do utilitarismo clássico, de supressão pura e simples dos direitos individuais quando necessário à maximização da felicidade geral, identificarmos em que casos, em nossa legislação, o atendimento do interesse público importa em desconsideração absoluta ao direito individual, sem qualquer compensação.

Abrimos um parênteses aqui para dizer que a reiteração da afirmação do princípio da supremacia do direito público, nos dias de hoje, não é dizer algo banal ou trivial, uma vez que existe modernamente uma forte tendência, pela imbricação crescente entre os sistemas *civil law* e *common law*, de se reavaliar o princípio, pelo menos em determinados aspectos, a partir da visão existente no segundo sistema quanto ao assunto, em especial no que respeita aos serviços públicos e ao contrato administrativo (DI PIETRO; RIBEIRO, 2010, p. 2). Alguns autores, aliás, veem um caráter autoritário na base histórica de nosso direito administrativo, criticando mesmo a razão de se continuar aplicando o princípio em questão, o que nos levaria necessariamente à confecção de outro texto para abordar o tema, em espaço adequado⁶.

6 Sobre o tema, vale a leitura de “*O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo: uma Crítica da*”

Princípio da supremacia do interesse público e teorias utilitaristas de justiça

O fato é que, independentemente de tais críticas doutrinárias, e da relevância ou não delas, nosso direito positivo consagra o princípio em diversos momentos, não sendo possível ao intérprete desconsiderar esse fato.

Podemos dizer que o princípio está justificado ou baseia a intervenção estatal em quatro diferentes momentos ou tipos de relação jurídica: (i) quando justifica o poder de polícia do Estado; (ii) quando dá prerrogativas contratuais ao Estado; (iii) quando dá prerrogativas ao Estado na execução de serviços públicos; (iv) quando autoriza a intromissão do Estado na propriedade privada.

As relações jurídicas do Estado com seus agentes não serão consideradas aqui pois nos parecem ser mais caracterizadas pelas sujeições e limitações do Estado do que por eventuais prerrogativas que ele detenha. A simples natureza institucional do vínculo estatutário, em contraposição ao caráter contratual, que autoriza a tradicional prerrogativa estatal de alteração e mesmo supressão dos “direitos” inerentes ao vínculo, até pelas inúmeras limitações de ordem constitucional (v.g. irredutibilidade de vencimentos), não parece ser suficiente a justificar um estudo pormenorizado do assunto.

Quanto às prerrogativas inerentes à consecução dos serviços públicos podemos traduzi-las, ao fim e ao cabo, como especificações daquelas derivadas do contrato administrativo ou das decorrentes à autorização legal de intervenção na propriedade privada. Com efeito, quando a lei autoriza o poder público, por exemplo, a exigir a continuidade do serviço ou a encampá-lo, o faz na perspectiva de prerrogativas contratuais que a Administração Pública detém em relação ao concessionário ou permissionário. Da mesma forma, quando a lei autoriza a desapropriação do bem particular para permitir a facilitação ou mesmo possibilitar a execução de um serviço público, apenas adota um dos fundamentos possíveis da utilidade/necessidade públicas para permitir a Administração Pública intervir na propriedade privada.

Em outra senda, no exercício do poder de polícia, o que se visa, geralmente, é impedir a atuação privada em desconformidade com o direito, ou seja, da consecução de atividades ilícitas.

Ora, a convivência em sociedade pressupõe também o res-

Crítica”, in *Supremacia do Interesse Pública e outros temas relevantes de direito administrativo*, de autoria de Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem (Atlas: 2010, pp. 13-60).

peito da lei pelos indivíduos. Assim, se existe norma jurídica impositiva ou proibitiva de certa conduta pelo particular, não pode este invocar qualquer direito *contra legem*. Aqui, nesse pormenor, a infração administrativa eventualmente cometida pelo particular, objeto de fiscalização, preventiva ou repressiva, pelo poder de polícia do Estado, constitui apenas um tipo de conduta ilícita eleita pelo legislador, com sanção um degrau abaixo, em termos de gravidade e relevância, daquela prevista nas leis penais.

Nessa linha de raciocínio, ainda que o princípio da supremacia do interesse público fosse suprimido, continuariam existindo as condutas legalmente vedadas aos indivíduos, e a obrigação estatal de reprimi-las. Logo, não parece residir aqui, no poder de polícia, a discussão que estamos empreendendo, salvo, talvez, quando temos, por razões de outra ordem, que não a defesa social, a limitação de atividades antes consideradas lícitas.

Exemplificando, vedar a importação de produto perigoso à saúde pública, para nós, é diferente de vedar a importação de produto que possa causar prejuízo econômico a determinado setor da indústria nacional, depois de verificado o ingresso exagerado dele no território nacional. No primeiro caso, o importador não pode querer ser ressarcido por nada. No segundo, nos parece claro, o importador deve ser ressarcido quanto ao prejuízo que teve em relação aos contratos de importação já firmados, anteriormente à vedação legal instituída. E a razão é simples, a proibição, no primeiro caso, reside na proteção à saúde dos próprios indivíduos, um dos fundamentos da razão de ser do Estado; no segundo, temos apenas o interesse econômico de um setor produtivo em relação a outro. O Estado pode fazer a escolha de qual deve prevalecer, desde que exista autorização legal para tanto, tendo em vista a maior ou menor importância de um setor em relação ao outro (número de empregos gerados, quantidade de valor arrecadado em tributos etc.), mas não pode deixar de ressarcir o prejuízo gerado aos indivíduos afetados pela medida.

Em matéria contratual, a legislação já tratou de mitigar os efeitos do uso das prerrogativas conferidas à Administração Pública, consagrando expressamente o chamado equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo (Lei nº 8.666/93, art. 57, §1º).

Será, então, na intervenção estatal na propriedade particular, onde se verificarão os maiores questionamentos ao princípio da

supremacia do interesse público e sua proximidade com a lógica utilitarista.

No instituto da desapropriação, como vimos, desde os tempos do Império, já se procurava resguardar o direito de propriedade, garantindo-se ao titulares de domínio a respectiva indenização em caso de expropriação forçada. As variações modernas dessa lógica, com o pagamento de parte das indenizações em títulos públicos, nos casos previstos nos artigos 182, §4º, III e 184, *caput*, da CF/1988, não são suficientes para infirmar a conclusão de que o direito procura resguardar, da melhor maneira possível, o direito individual afetado.

Para nós é no instituto da limitação ou restrição administrativa que encontraremos mais firmemente estabelecida a lógica utilitarista e a insuficiência da compensação à violação do direito individual pela aplicação do princípio da supremacia do interesse público.

Com efeito, nas limitações administrativas se instituem obrigações aos proprietários que são qualificadas como negativas⁷, ou seja, o proprietário é obrigado a não fazer, a não utilizar ou não tirar o maior proveito econômico possível de sua propriedade por razões variadas, que vão do respeito a normas de caráter urbanístico às necessidades de preservação ambiental⁸.

Comumente, a doutrina administrativa defende que nessa modalidade de intervenção na propriedade não há que se falar em qualquer tipo de compensação financeira, por se tratar de uma medida de caráter geral (CUNHA JÚNIOR: 2016, p. 449), ou porque sua característica de não confiscatoriedade não justificaria qualquer indenização, por não haver perda da propriedade (MEDAUAR:

7 Hodiernamente também tem sido comum a instituição de limitações ou restrições administrativas positivas, consistentes em obrigações de fazer, como as relativas à obrigatoriedade de manutenção de equipamentos de segurança contra incêndio em edifícios residenciais e comerciais.

8 Apenas para citar algumas existentes na legislação federal: a) restrições à supressão de vegetação em áreas de preservação permanente (art. 3º, II e 4º da Lei nº 12.651/2012); b) obrigatoriedade de manutenção de área mínima com cobertura vegetal nativa, denominada Reserva Legal (art. 12 da Lei nº 12.651/2012); c) manutenção de anéis verdes de isolamento capazes de proteger as zonas circunvizinhas contra possíveis efeitos residuais e acidentais em zonas industriais (Lei nº 6.803/1980); d) na constituição de loteamento, destinação de áreas para sistemas de circulação, implantação de equipamentos urbanos comunitários e espaços livres de uso público (art. 4º da Lei nº 6.766/1979).

2003, p. 369). Esse entendimento também é predominante no âmbito jurisprudencial⁹, só recentemente tendo os tribunais passado a admitir a indenização nos casos de apossamento administrativo, equivalente a uma verdadeira desapropriação indireta, em que a limitação, por sua natureza, esvazia por completo o conteúdo econômico da propriedade¹⁰.

Sem dúvida, esse entendimento reflete uma visão utilitarista clássica na aplicação do princípio da supremacia do interesse público, pois não há nenhuma razão jurídica lógica para concluir que apenas por ser fixada como medida de natureza geral uma restrição administrativa não teria o condão de gerar qualquer tipo de compensação do titular do direito individual afetado. O que se tem, simplesmente, é a pressuposição que o interesse maior da coletividade se sobrepõe ao direito individual e que por um número indeterminado de outros indivíduos estarem igualmente sujeitos à mesma regra, não há que se falar em compensação do Estado pela restrição imposta.

Assim, verificamos que princípio da supremacia do interesse público, embora não seja um consectário direto do utilitarismo, com ele se identifica em sua finalidade primordial, a busca da máxima felicidade da sociedade, e no seu consequencialismo, não estando, o direito administrativo moderno, ainda inteiramente desvinculado desse modo de pensar, mormente nos casos em que não se prevê qualquer tipo de compensação ao direito individual eventualmente sacrificado pela aplicação concreta de norma inspirada no referido princípio ou com interpretação condicionada por ele.

6 CONCLUSÕES

Como visto no texto do presente artigo, o princípio da supremacia do interesse público, mesmo que sofrendo algumas contestações, ainda prevalece no direito administrativo como princípio

9 Por todos, STJ, Primeira Turma, REsp. nº 760.498/SC, red. para o acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 5/12/2006.

10 A jurisprudência do STJ, ainda assim, é pródiga mais na discussão lateral referente à natureza do direito e ao correspondente prazo prescricional do que ao ressarcimento em si, tendo-se fixado que a ação indenizatória decorrente de limitação administrativa não corresponde à desapropriação indireta, devendo ser promovida no prazo das ações pessoais, ou seja, em cinco anos. Por todos, EREsp 628.588/SP, Primeira Seção, rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 10/12/2008.

Princípio da supremacia do interesse público e teorias utilitaristas de justiça

vetor que orienta tanto a confecção das normas quanto a interpretação delas, em especial na aplicação concreta daquelas pela Administração Pública.

Conquanto o princípio tenha sido consagrado explicitamente em nossa legislação ordinária federal apenas com o advento da Lei nº 9.784/99, ele está espreado por inúmeras normas legais e também em nossa Constituição Federal mediante a reiterada indicação de expressões como “finalidade pública”, “interesse público” e “saúde pública”.

Inegavelmente, o princípio da supremacia do interesse público tem uma lógica que é utilitarista, pois sua finalidade principal é conferir à Administração Pública os instrumentos necessários à busca do atendimento do interesse coletivo, ainda que em sacrifício ao direito individual de alguns administrados, consequencialismo tipicamente utilitarista.

A análise histórica, no entanto, nos mostra que o princípio da supremacia do interesse público não deriva diretamente do utilitarismo, sendo mesmo anterior ao liberalismo, tendo sido, na verdade, transformado por este último. Essa transformação, por outro lado, derivou mais da necessidade de conformação do Estado à consagração do princípio da legalidade, sufragado pelo ideário revolucionário de 1776 e 1789, do que do pensamento do liberalismo inglês do século XVIII.

Por ser, no entanto, o utilitarismo, uma resposta da esquerda liberal inglesa ao radicalismo revolucionário, apresentando via alternativa ao Absolutismo, acabará coincidindo, em alguns pontos, com as ideias revolucionárias. A falta de consideração aos direitos individuais pelo utilitarismo clássico de Jeremy Bentham, ademais, será mitigada pelas teorias utilitaristas posteriores, começando por John Stuart Mill.

Na sua conformação à legalidade, o princípio da supremacia do interesse público buscará o respeito do direito individual mediante duas principais concessões, (i) o da previsão legal prévia quanto ao sacrifício dele e; (ii) compensação financeira pela perda do direito. A inexistência do segundo elemento ainda poderia ser considerada, hodiernamente, uma clara aplicação de teorias utilitaristas, em sua concepção clássica.

No direito administrativo brasileiro atual, em nenhum outro

campo se vislumbra tão nitidamente a lógica utilitarista quanto no da aplicação das chamadas limitações administrativas, em que o direito de propriedade é diretamente afetado, impondo aos proprietários, geralmente, obrigações negativas, que limitam o uso ou impedem o aproveitamento da propriedade em seu potencial econômico pleno. Isto decorre, principalmente, da interpretação dada pela doutrina e jurisprudência nacionais no sentido de que tais limitações não são indenizáveis, apenas porque adotadas em caráter geral e indistinto, não visando proprietários específicos.

REFERÊNCIAS

BENTHAM, Jeremy [et al.]. *O panóptico*; Tomaz Tadeu (org.). 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

CAILLÉ, Alain. O princípio da razão, utilitarismo e antiutilitarismo. *Sociedade e Estado*. Dez. 2001, vol. 16, n. 1-2, p. 26-56.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves Ribeiro (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. amp. e at. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KOLM, Serge Christophe. *Teorias modernas da justiça*. São Paulo:

Martins Fontes, 2000.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 18. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 17. ed. rev. atual. – São Paulo: Malheiros: 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MULGAN, Tim. *Utilitarismo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

NEQUETE, Eunice Ferreira. *Fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRS. Porto Alegre, 2005.

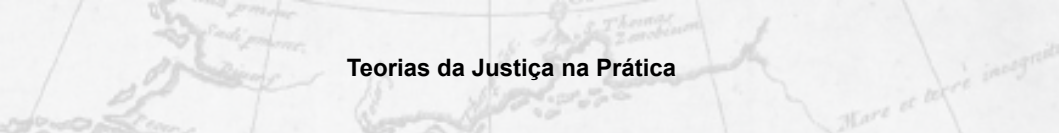
OLIVEIRA SANTOS, Manuel Porfírio de. *Direito administrativo e ciencia da administração*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919.

POSNER, Richard A. *Fronteiras da teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: do Romantismo até nossos dias*, vol. 3, 8. ed.

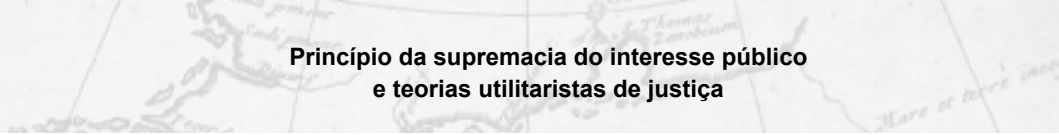
SANDEL, Michael J. *Justiça o que é fazer a coisa certa*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. *Tratado de ciencia da administração e direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ja-



Teorias da Justiça na Prática

cintho Ribeiro dos Santos, 1914.



**Princípio da supremacia do interesse público
e teorias utilitaristas de justiça**

Direito e justiça em kelsen: alguns reflexos no direito brasileiro

Rosana de Jesus Guilherme

1 INTRODUÇÃO

Direito e justiça são conceitos que muitas vezes se confundem na consciência social, entretanto, nem sempre eles andam juntos².

O que é o direito? Embora haja divergências sobre seu significado em diferentes culturas e momentos históricos, não há como escapar ao núcleo essencial: “é um conjunto de normas que visa a disciplinar o comportamento das pessoas”³.

Enquanto se possa identificar um núcleo em torno do qual residem as definições sobre direito, o mesmo não se pode dizer em relação à justiça. A ideia de justiça envolve valores inerentes ao ser humano, transcendentais, tais como liberdade, igualdade, fraternidade, dignidade, equidade, honestidade, moralidade, segurança⁴,

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

2 CAVALIERI FILHO, Sergio, Direito, justiça e sociedade, *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 18, 2002, p. 58–65.

3 MITIDIERO, Daniel. *Processo civil*, São Paulo: RT/Thomson Reuters, 2021, p. 17.

4 CAVALIERI FILHO, Sergio, Direito, justiça e sociedade, *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 18, 2002.

pertencentes a uma pluralidade insolúvel de ideologias. Se a ordem normativa incorporar um conjunto de ideologias dominantes, sob o ponto de vista das ideologias preteridas, ela será injusta⁵.

E por isso Kelsen afirma que a justiça é uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social. Como uma virtude humana, significa dizer que o homem é justo quando se comporta de acordo com uma ordem dada como justa. E como característica dessa ordem, significa que ela deve regular o comportamento do homem de modo a contentar e proporcionar felicidade a todos⁶.

Mas, se entendermos felicidade em um sentido subjetivo do que cada um compreende para si mesmo, inevitavelmente haverá conflito entre a felicidade de duas ou mais pessoas. Muitas vezes, a felicidade de um é a infelicidade de outro. Portanto, enquanto justiça significar felicidade individual (mesmo na definição de justiça por Jeremy Bentham, onde a justiça é a realização da felicidade do maior número possível de pessoas), uma ordem social justa é impossível⁷.

Vislumbra-se, assim, a justiça como um problema de resolução de interesses ou de valores. Somente onde há conflitos de interesses a justiça se torna um problema, ou seja, onde um interesse não possa ser satisfeito sem o sacrifício de outro, devendo-se realizar uma valoração para decidir qual dos interesses é mais importante, isto é, um juízo, que tem caráter eminentemente subjetivo determinado por fatores emocionais, válido apenas para o sujeito que julga e, portanto, relativo.

Como lidar, então, com este problema da justiça e do direito, se a justiça é o eterno anseio do homem? É o que será abordado neste artigo, sob as luzes de Kelsen.

2 O TRATAMENTO DO PROBLEMA DA JUSTIÇA

Enquanto diversos outros filósofos buscaram elaborar uma

5 MORRISON, Wayne, Liberalismo e a ideia da sociedade justa na modernidade tardia: uma leitura de Kelsen, Fuller, Rawls, Nozick e dos críticos comunitários, in: *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 459.

6 KELSEN, Hans, O que é justiça?, in: *O que é justiça?*, São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 1–25.

7 *Ibid.*

fórmula ou norma⁸ pela qual se alcance a justiça, Kelsen, ao refletir sobre elas, afirma não ser possível propor uma resposta à questão da justiça absoluta, pois se trata de um problema insolúvel à mente humana⁹.

Dada a existência de muitas normas de justiça diversas e em parte contraditórias, mas pressupostas como válidas (a cujos valores de justiça constituídos por esses ideais Kelsen afirma que somente será lícito conferir validade relativa), necessário é um tratamento científico do problema da justiça. Assim, para Kelsen, o papel da ciência não é decidir o que é justo, mas é analisar objetivamente aquilo que os homens do presente e do passado elegeram como sendo “o justo”, descrevendo o que de fato é valorado como justiça¹⁰.

Kelsen passa a analisar diversas fórmulas de justiça existentes¹¹, iniciando pelas normas do tipo racional e passando às metafísicas, como se passa a expor.

A fórmula do “*suum cuique*”, segundo a qual “a cada um se deve dar o que é seu”, afirma, pressupõe uma ordem normativa que determine qual é o direito de determinado indivíduo, que corresponde ao dever de outro. Assim, para Kelsen, a questão decisiva (o que é seu, o que é devido) não é resolvida por esta norma.

A “regra de ouro” que determina que não façamos aos outros o que não queremos que nos façam a nós mesmos, nem sempre irá agradar ao próximo, pois não há consenso entre os seres humanos sobre o que é bom. Assim, se a regra de ouro deve funcionar como norma fundamental de uma ordem social, deve ser entendida como a norma que manda tratar os outros não como efetivamente desejamos ser tratados, mas como devemos querer ser tratados, segundo uma norma geral aplicável a todos. E a regra de ouro não informa qual seria o conteúdo dessa norma geral, pois não revela como devemos ser tratados.

No tocante ao “imperativo categórico” de Kant, que prescreve “age sempre de tal modo que a máxima do teu agir possa por ti

8 Norma de justiça é uma norma moral de caráter geral que estatui um dever-ser como o valor justiça, determinando como deve ser o tratamento de um indivíduo por outro (KELSEN, Hans, *As normas da justiça*, in: *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4.)

9 LOSANO, Mario G., Introdução, in: KELSEN, Hans. *O problema da justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XXVI.

10 KELSEN, *As normas da justiça*, p.16.

11 KELSEN, *As normas da justiça*.

ser querida como lei universal”, ele defende uma atuação que é uma resposta à questão de como devo agir moralmente bem. Entretanto, a máxima do agir pode contradizer a uma lei moral, sendo possível ao homem que ele queira que a máxima do seu agir que contradiga a uma lei moral seja universalizada, e nesse ponto Kelsen discorda de Kant nos diversos exemplos dados. Um desses exemplos é a máxima de uma pessoa que se propõe a contribuir apenas para o seu bem-estar, mas não para o bem-estar dos outros. Kant afirma que é impossível querer que esta regra vigore em toda parte como lei natural, tratando-se de uma vontade contraditória, pois privaria a si próprio de toda a esperança de ajuda que ele deseja para si. Kelsen, por outro lado, afirma que é possível a um egoísta querer uma lei universal do egoísmo, e simultânea e conseqüentemente renunciar à ajuda dos outros, podendo querer sem contradição que sua máxima se torne uma lei universal. Então, o verdadeiro sentido do imperativo categórico de Kant, seria, para Kelsen: “Atua segundo uma máxima da qual devas querer que ela se transforme em uma lei universal”. Mas, o imperativo categórico não responde qual máxima se deve querer seja universalizada.

A fórmula utilizada notadamente por Tomás de Aquino, “faz o bem e evita o mal”, e a norma de justiça “os homens devem ser bem tratados, e não maltratados”, também pressupõem uma ordem moral ou jurídica preexistente que determine o que é bom e o que é mal, tratando-se igualmente de fórmulas vazias em si.

A fórmula aristotélica de “mesotes” reflete um preceito geral do comedimento, significando que não se deve exagerar nem para mais nem para menos. A virtude seria um meio entre dois extremos, entre dois vícios, um por excesso e outro por falta. Entretanto, para achar o meio termo, é preciso saber o que é bom e o que é mal. E essa resposta é relegada pela ética aristotélica à moral positiva e ao direito positivo, ou seja, à ordem social dada. A resposta à pergunta “o que é injusto?” não é respondida pela fórmula de mesotes, que acaba tendo uma função meramente política de reforçar a vigência do ordenamento social existente.

O “princípio retributivo” exige uma pena para a falta ou ilícito, e um prêmio para o merecimento. A norma da retribuição prescreve então que devemos fazer o bem a quem faz o bem e devemos fazer o mal a quem faz o mal. Essa fórmula é igualmente criticada

por Kelsen, que também a reputa por vazia, visto que requer uma ordem normativa que determine o que é bom e o que é mal. Para ele, o princípio da retribuição é o oposto do princípio da igualdade, posto que reclama um tratamento desigual aos homens, mas também cogita a aplicação do princípio da igualdade diante de iguais pressupostos (dois casos de falta ou culpa iguais, por exemplo).

Ainda, afirma Kelsen que o princípio da retribuição estatui que uma ação deve ser seguida de uma reação, podendo-se cair na tentação de reconhecer a ideia de igualdade na relação entre ação e reação, tal como exprime a forma mais primitiva desse princípio, a lei de talião: “olho por olho, dente por dente”. O mal da ação não deve ser igual ao da reação, basta se pensar na pena do homicídio em países nos quais não há pena de morte. E a relação entre ação e reação na norma retributiva de justiça não seria a de igualdade, mas a de proporcionalidade, em um sentido aproximativo.

De acordo com a norma de justiça que observa o princípio da equivalência entre prestação e contraprestação, o valor da prestação deve determinar o valor do salário ou do preço, o que pressupõe a concepção jusnaturalista de que o valor objetivo da prestação lhe é imanente, podendo ser determinado por uma análise dos fatos. Kelsen refuta isso afirmando o inverso: o valor da prestação do trabalho é determinado pelo salário, e o valor da mercadoria é determinado pelo preço. O valor mensurado é o valor que o trabalho e a mercadoria produzem em uma economia livre, determinado pela oferta e procura, e em uma economia planejada, por meio de uma regulamentação autoritária. Assim, a regra fundamental reformulada por Kelsen é: “para uma igual prestação de trabalho, um salário igual; e para uma mercadoria igual, um preço igual”.

O princípio de justiça comunista formulado por Marx defende “direitos iguais”, afirmando que “a igual prestação de trabalho cabe igual salário, isto é, cabe igual participação no produto do trabalho”. Entretanto, Kelsen critica esta afirmação, asseverando que ela não considera as desigualdades entre os indivíduos. Além disso, não responde à questão de como o ordenamento vai reagir quando o indivíduo por alguma razão não produzir segundo suas capacidades como deveria; mas, supõe que a resposta seria o a satisfação dos direitos de todos independente do cumprimento do dever por cada um. A satisfação de todas as necessidades dos indivíduos no sentido

subjetivo é algo utópico, assim como acreditar que todos na comunidade cumprirão com todos os seus deveres. Portanto, essa exigência só pode ser entendida sob a condição de um critério objetivo.

Assim, Kelsen reformula o princípio de justiça marxista: “cada um deve, segundo as suas capacidades, fixadas de conformidade com o ordenamento social, realizar o trabalho que é posto a seu cargo pelo mesmo ordenamento social; e a cada um devem ser satisfeitas as necessidades pelo ordenamento social reconhecidas, pela ordem no mesmo ordenamento estabelecida e com os meios determinados também por este ordenamento”. No entanto, esse princípio de justiça nada diz sobre o que deve ser considerado como “o seu”, o que é devido. Ademais, o segundo postulado deste princípio (cada um segundo as suas necessidades) também é respeitado nas ordens sociais não comunistas.

O “preceito do amor ao próximo” traduz-se na exigência dirigida não só ao legislador, como a todos os indivíduos: “a cada um segundo as suas necessidades”. A necessidade pode ser entendida em um sentido subjetivo e em sentido objetivo. No sentido objetivo, o amor ao próximo deve ser interpretado somente de modo a que devemos suprir as necessidades não culposas (pressupondo a existência de uma ordem social que defina quando um sofrimento ou necessidade é inculposo). Também em sentido objetivo, o amor ao próximo deve ser manifestado mesmo quando o indivíduo não se sinta em estado de necessidade ou sofrimento.

No sentido subjetivo, devemos prestar ajuda todo aquele que com ou sem culpa se sinta necessitado. Nesse caso, não há pressuposição de nenhuma ordem de justiça, diferenciando-se das demais normas de justiça, quanto a este aspecto. E isso não significa dizer que esse preceito não constitua norma de justiça, a não ser que ele se dirija ao legislador apenas.

Kelsen também critica a doutrina de Jesus afirmando-a como contraditória ao amor ao próximo. Exemplifica com as afirmações contidas nos evangelhos de que “os primeiros serão os últimos”. Para ele, trata-se de um princípio de justiça da completa subversão do que existe atualmente, de modo que na era do bem (reino de Deus), será destruído o reino do mal (reino de Satã), tornando infelizes todos os que são agora injustamente infelizes.

Outro princípio de justiça analisado por Kelsen é a ideia de

liberdade. Trata-se de um princípio originalmente antissocial que confere valor supremo à liberdade individual, determinando que o homem deve ser livre, ou seja, não deve ser submetido a nenhuma ordem normativa que limite sua liberdade individual nem regule a sua conduta em face dos outros. Kelsen afirma que, como princípio moral ou social e como princípio de justiça, a ideia de liberdade deve sofrer transformação, de modo que a liberdade da ordem normativa precisa se tornar liberdade sob a ordem normativa, isto é, liberdade individual deve se transformar em liberdade social, e a vinculação dos homens a uma ordem normativa só deve ocorrer por sua própria vontade.

É justamente sobre a ideia de liberdade que se apoia a teoria do contrato social. Para essa teoria, a ordem social somente será justa se instaurada por meio de um contrato de deliberação unânime dos que lhe serão subordinados. Afirma Kelsen que essa proposição apenas se sustenta para a primeira constituição da ordem social, e não ao processo de modificação; do contrário, poderia ocorrer de existir uma ordem social constituída segundo o princípio da autodeterminação, mas, contrária à vontade de muitos, ponto que, no seu entender, enfraquece o princípio. Assim, a ordem social vigente deve se harmonizar não com a vontade não de todos, mas da maioria. A justiça da autodeterminação transforma-se em justiça da democracia.

A fórmula da justiça segundo o princípio da igualdade afirma que todos os homens devem ser tratados por igual, considerando que as igualdades de fato existentes são irrelevantes para o tratamento dos homens. Assim como as anteriores, pressupõe uma norma que determine um conteúdo para que ela seja aplicada, que responda à questão sobre qual deve ser o conteúdo desse tratamento igual. Assim, por exemplo, só quando uma constituição estabelece o direito de voto é que pode ser aplicado o princípio de justiça segundo o qual todos os homens sem distinção têm direito ao voto. Todavia, afirma, o princípio da igualdade pode conduzir a consequências absurdas se não forem consideradas as desigualdades. Assim, apresenta-se uma regra que diz “somente os que são iguais devem ser tratados de forma igual”. Porém Kelsen a considera incompleta e reformula o princípio nestes termos: “quando os indivíduos são iguais – mas rigorosamente: quando os indivíduos e as circunstâncias externas

são iguais –, devem ser tratados igualmente; quando os indivíduos e as circunstâncias externas são desiguais, devem ser tratados desigualmente”. Nesse caso também remanesce a necessidade de definição por uma norma externa das qualidades em relação às quais as desigualdades serão levadas em conta, como, por exemplo, que o direito de voto contempla apenas os que têm mais de vinte anos, os que possuem mente sã, os que não sofreram condenação. Desse modo, defende Kelsen que a única norma que poderia valer como princípio de justiça da igualdade seria a norma segundo a qual todos os homens devem ser igualmente tratados e nenhuma desigualdade é considerada.

Passa-se a expor a análise kelseniana das normas de justiça do tipo metafísico, cujo clássico representante é Platão, autor da “teoria das ideias”¹², que procura explicar racionalmente o que é justiça e o que é o bem. Essa teoria traz a ideia do “bem absoluto”, que corresponderia a Deus para a teologia das religiões e contempla em si a ideia de justiça. Na sétima carta, Platão declara que não pode haver nenhum conhecimento conceitual do bem absoluto, mas apenas uma intuição, que ocorre pela vivência mística que, por graça divina, a poucos é revelada. Também quanto à justiça, não se pode conhecer sua essência, pois se trata de um segredo por Deus confiado a poucos eleitos.

Na teoria de Platão, afirma Kelsen, a justiça preceitua que o tratamento entre os homens deve ser respaldado na ideia transcendente de bem, que é inacessível ao conhecimento racional, e equivalente à vontade divina, a qual preceitua o bem, mas permite o mal, e é ao mesmo tempo bom e onipotente (autor do bem e do mal). Equivalente à justiça de Jesus, que rejeita o “olho por olho, dente por dente”, e prega a retribuição do mal com o bem e o amor até aos inimigos.

Kelsen afirma que isso vai de encontro a toda ordem possível numa realidade social porque é contra a natureza humana amar os inimigos, e porque, no seu entender, Jesus rejeita o amor humano que liga o homem à mulher, os pais aos filhos (quem quer seguir a Jesus e alcançar o Reino de Deus deve deixar a casa e a fazenda, os pais, os irmãos, a mulher, filhos...). O amor ensinado por Jesus não

12 As ideias são essências transcendententes existentes em um mundo diferente do perceptível aos sentidos humanos e representam valores que devem ser realizados no mundo dos sentidos, mas que não podem ser aí plenamente realizados. *Ibid.*, p. 62.

seria o amor ao homem, mas sim ao Pai que está no Céu, que manda o sol levantar-se sobre os maus e os bons, os justos e os injustos. Kelsen reputa como estranho o fato de que devemos aceitar como compatível com esse amor a pena cruel e eterna que será aplicada ao pecador no Juízo Final, afirmando haver inúmeras contradições não esclarecidas por Jesus. Paulo, apresentado no texto como primeiro teólogo da religião cristã, ensina que a sabedoria deste mundo é insensatez em face de Deus, e que a filosofia não é via de acesso à justiça divina que está encerrada na insondável sabedoria de Deus e nos é revelada somente por meio da fé.

Para Platão, apenas o justo é feliz, devendo-se conduzir os homens a essa crença. Embora a justiça seja importante para a vida social dos homens, devido ao fato de haver, no coração humano, o desejo permanente por felicidade, a felicidade não pode ser alcançada pela justiça humana, que é relativa. A justiça absoluta clamada pelo mundo é um ideal irracional, que só pode emanar de uma autoridade transcendente (Deus). Por isso, na terra, teríamos de nos contentar com uma justiça simplesmente relativa. E a felicidade terrena, como não pode ser garantida por nenhuma justiça terrena, seria superada pela felicidade supra terrena de Deus, que promete a justiça absoluta aos que Nele creem, o que Kelsen reputa como eterna ilusão.

Segundo Kelsen, nenhum dos princípios acima analisados trazem uma definição precisa de justiça aceitável, mas ele também não apresenta um conceito de justiça digno de um quadro teórico¹³, embora suas reflexões sobre a teoria da justiça e do direito sejam importantíssimas para o desenvolvimento científico do direito.

3. A TEORIA PURA DO DIREITO

Filósofo do positivismo jurídico normativo, Kelsen buscou tratar da justiça e do direito de forma a conferir cientificidade ao tema, desenvolvendo a sua Teoria Pura do Direito (TPD).

A teoria pura do direito não é uma teoria do direito puro, mas uma teoria pura. Kelsen faz a distinção entre a política, cuja

13 JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Acesso formal e material à justiça e acesso à justiça formal e material* Vitória: EDUFES, 2021.

função é valorar e produzir normas, e o direito, cuja função é descrever o fenômeno normativo de modo controlado¹⁴, é descrever quais são as normas do ordenamento jurídico e qual o seu fundamento, de modo que se possa fazer previsões ou afirmações seguras sobre ele.

Para a TPD, as normas jurídicas diferenciam-se das normas morais ou religiosas não pela estrutura de dever, mas sim por se tratar de instrumentos de motivação indireta do comportamento humano respaldadas pela força monopolizada pelo Estado e pertencentes ao mundo da cultura, da vontade e contingência humanas¹⁵. É dizer: trata-se de uma técnica social específica, coercitiva e diversa da ordem natural¹⁶.

3.1 Teoria da estrutura escalonada de normas

O direito é um sistema de normas jurídicas, cuja validade pode ser reconduzida a um fundamento último, a uma única norma fundamental¹⁷. As normas jurídicas possuem validade se forem produzidas por autoridade competente de acordo com uma norma superior que a autorize, podendo ocorrer sucessivas autorizações¹⁸. Como consequência, pode-se dizer que o ordenamento é constituído de normas superiores fundantes e de normas inferiores fundadas, e neste processo ocorre a criação de normas cada vez mais específicas, a que Kelsen denomina de concretização ou de determinação¹⁹.

Assim, por exemplo, a criação de uma norma individual em uma sentença que condena um criminoso à prisão é válida porque posta de acordo com o código penal, que por sua vez tem como

14 SGARBI, Adrian. *Classicos de teoria do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 75.

15 Enquanto as “leis” derivativas dos fenômenos naturais tem origem no princípio da causalidade, os acontecimentos normativos baseiam-se no princípio da imputação, que é a relação de condição e consequência estabelecida pela vontade humana. *Ibid.*, p. 55.

16 *Ibid.*, p. 54.

17 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática jurídico-científica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021, p.61.

18 “A consciência do direito positivo, que revela a função da norma fundamental, também ilumina, quando analisada, uma propriedade específica do direito: o direito regula sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica regula o processo através do qual uma outra norma jurídica é criada e – em graus diferentes – também o conteúdo da norma a ser criada. *Ibid.*, p. 69.

19 SGARBI, *Classicos de teoria do direito*, p. 60.

fundamento de validade a constituição. A constituição, por sua vez, encontra seu fundamento de validade na constituição histórica mais antiga. Por fim, a primeira constituição histórica é fundamentada na norma fundamental, que não é uma norma positiva, não é uma norma posta, mas pressuposta, é a condição lógico-transcendental do método de conhecimento do direito positivo. O conteúdo dessa norma fundamental é o pressuposto fático que cria a ordem jurídica, sem necessidade de se ordenar que algo aconteça. Se fosse possível verificar um comando na norma fundamental, ele seria: “deve acontecer o que de fato acontece” ou “você deve fazer aquilo que você quiser”²⁰.

Assim, Kelsen reforça a existência de uma estrutura escalonada da ordem jurídica, sendo a mais elevada norma a norma fundamental, e em termos positivos, a constituição, e depois, as leis²¹.

Como fonte do direito, de forma geral, o filósofo reconhece o costume e a legislação, e em um sentido, mais amplo, fonte do direito é toda norma jurídica, não apenas a norma geral, mas a individual, como a criada por uma sentença judicial, que estabelece um dever jurídico ou uma autorização.

3.2 A interpretação das normas jurídicas

A partir da estrutura escalonada da ordem jurídica, Kelsen identifica consequências para o problema da interpretação, indicando que a constituição e as leis devem ser interpretadas (assim como as normas individuais), havendo um espaço de discricionariedade deixado pela norma superior, como uma moldura a ser preenchida pela norma inferior. Assim ocorre, por exemplo, quando uma “lei sanitária determina que, no caso da ocorrência de uma epidemia, os moradores de uma cidade devem tomar determinadas precauções para evitar a propagação da doença, sob pena de uma punição específica”, e à autoridade administrativa municipal se delega o poder de determinar quais as precauções serão tomadas naquele município para conter a epidemia²².

A indeterminação também pode ser não intencional, decor-

20 KELSEN, *Teoria pura do direito*: introdução à problemática jurídico-científica, p. 64.

21 *Ibid.*, p. 71.

22 *Ibid.*, p. 83.

rente de uma ambiguidade de sentidos de palavras ou frases que expressam a norma, porque o sentido da norma não é unívoco. Aqui, a interpretação é compreendida como a identificação do sentido da norma a ser implementada, dentre várias possibilidades existentes dentro da moldura normativa. Não há, portanto, uma única decisão como correta, mas deverá haver uma escolha (um ato de vontade) dentre as várias normas individuais possíveis, a qual se tornará pela sentença direito positivo²³.

Como aponta Zaneti Jr, para Kelsen, a jurisdição realiza uma interpretação autêntica, criando direito; e a doutrina faz a interpretação não-autêntica, sendo que a discricionariedade permitia ao juiz até mesmo decidir fora da moldura da norma²⁴. Prossegue o autor apontando que pela doutrina de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a partir de Kelsen (1934), “ocorreu a passagem do paleo-juspositivismo (positivismo formalista) para o positivismo jurídico realista, quer dizer, verificou-se a insuficiência do texto da lei e da interpretação formalista, atribuindo-se ao juiz a função da individualização da norma, da sua concreção”²⁵.

Hart criticou o realismo kelseniano afirmando haver um limite cognitivista na diferenciação entre *hard cases* e *easy cases*, pois apenas nos primeiros haveria discricionariedade do julgador. Alexy e Dworkin também trataram do tema, sendo que Alexy aceita várias interpretações possíveis, mas entende que aquela encontrada deve vincular para o futuro, enquanto Dworkin entende que deve ser compreendido o direito e encontrada a única solução correta a partir dos princípios, sendo a interpretação um elemento integrante do direito e parte do que denominou romance em cadeia, onde cada juiz, como autor e crítico, escreve um capítulo. Ambos concordam com a redução da discricionariedade do julgador. Vale citar ainda o positivismo crítico de Luigi Ferrajoli, que dá ensejo a uma *atividade jurisdicional tendencialmente cognitiva*, a significar que o juiz não atua em lugar do legislador, mas aplica *prima facie* as regras por ele determinadas, as normas institucionalizadas, sejam elas leis, prece-

23 *Ibid.*, p. 85.

24 KELSEN Hans, *Teoria pura do direito* (1960). 5. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 394-395, *apud* ZANETI JR., Hermes, *A constitucionalização do processo: do problema ao precedente. da teoria do processo ao código de processo civil de 2015*. São Paulo: RT/Thomson Reuters, 2021, p. 295.

25 *Ibid.*, p. 296.

dentes ou outras fontes²⁶.

Kelsen, portanto, contribui significativamente para o desenvolvimento da ciência jurídica e de uma teoria da interpretação que possa explicar adequadamente a aplicação do direito aos fatos, afirmando que não é papel da TPD definir um conceito absoluto de justiça, sendo impossível também responder à pergunta em que consiste a justiça, eis que todas as tentativas nesse sentido levaram a fórmulas vazias.

4 ANÁLISE DO HC 124.306, SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO REALIZADO ATÉ O TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO

Em análise ao caso versado no HC 124.306 RJ, que trata sobre a descriminalização do aborto realizado até o terceiro mês de gestação, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 29.11.2016, observa-se a influência e a comprovação do pensamento de Kelsen.

Inicialmente, pode-se perceber que de fato não há como realizar uma justiça absoluta, que atenda aos anseios de toda a sociedade no tema tratado.

O caso envolve questões de direito, política, ética, moral, religião, ciência, ideologias contrárias ao aborto em defesa da vida intrauterina em qualquer estágio, ideologias a favor do aborto e dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, igualdade de gênero, entre outros. Por certo, a decisão do STF não poderia atender aos interesses e proteger os valores de toda a sociedade, que é plural.

Além disso, verifica-se que, como dizia Kelsen com sua TPD, o direito não é puro, mas influenciado pelos valores acima indicados, porém a teoria é pura, devendo ser descrito o direito objeto do estudo.

Os pacientes do *habeas corpus*, que mantinham uma clínica de aborto, pediam a revogação da decretação de prisão preventiva em processo no qual estavam sendo julgados pelos crimes dos artigos 126 e 288 do Código Penal, aborto e formação de quadrilha. Além dos fundamentos em matéria processual penal, foi analisado

26 *Ibid.*, p. 297–298.

o fundamento da (in)constitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

Os artigos 124 a 126 do Código Penal punem tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com o seu consentimento. O bem jurídico protegido é evidentemente relevante: a vida potencial do feto.

Conforme explicado em linhas anteriores, as normas necessitam de interpretação, havendo certa discricionariedade do julgador para escolher os possíveis sentidos da norma. No caso em questão, a dúvida na aplicação do direito foi levantada: o aborto é vedado a partir de que momento?

Algumas das respostas possíveis poderiam ser: i) o aborto é vedado desde a concepção – momento em que o espermatozoide fecundou o óvulo dando origem à multiplicação das células, pois desde esse momento há vida, e o legislador não deixou qualquer ressalva, não havendo liberdade neste ponto ao aplicador do direito; ii) o aborto é vedado apenas a partir do momento em que há a formação do sistema nervoso central e presença de rudimentos de consciência – o que ocorre após o terceiro mês de gestação – pois só a partir de então é que se pode falar em vida em sentido pleno; iii) a criminalização do aborto em qualquer fase é inconstitucional, devendo haver a declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos, pela violação de diversos direitos fundamentais da mulher, como direito ao próprio corpo, direito à liberdade sexual e reprodutiva, igualdade, entre outros.

A influência do pensamento de Kelsen sobre a teoria da justiça, do direito e para o desenvolvimento de uma teoria da interpretação, com posteriores contribuições de Hart, Alexy e Dworkin, se vê refletida no julgamento efetuado pelo Supremo Tribunal Federal.

No voto do Ministro Luís Roberto Barroso, ele consignou:

22. Não há solução jurídica para esta controvérsia. Ela dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida. Porém, exista ou não vida a ser protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mulher. Esta premissa, factualmente incontestável, está subjacente às ideias que se seguem.

[...]

38. Em temas moralmente divisivos, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma. O Estado precisa estar do lado de quem não deseja – geralmente porque não pode – ter o filho. Em suma: por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um. 39. Portanto, a criminalização do aborto não é capaz de evitar a interrupção da gestação e, logo, é medida de duvidosa adequação para a tutela da vida do feto. É preciso reconhecer, como fez o Tribunal Federal Alemão, que, considerando “o sigilo relativo ao nascituro, sua impotência e sua dependência e ligação única com a mãe, as chances do Estado de protegê-lo serão maiores se trabalhar em conjunto com a mãe ”²⁴, e não tratando a mulher que deseja abortar como uma criminosa.

[...]

48. No caso em exame, como o Código Penal é de 1940 – data bem anterior à Constituição, que é de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, a hipótese é de não recepção (i.e., de revogação parcial ou, mais tecnicamente, de derrogação) dos dispositivos apontados do Código Penal. Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do caput do art. 312 do CPP

Outro trecho que merece destaque é extraído do voto da Ministra Rosa Weber:

A discussão, com certeza, que ora se coloca para apreciação e deliberação deste Colegiado, é umas das mais sensíveis e delicadas questões jurídicas, porquanto envolve sensibilidades de ordem ética, moral e religiosa, notadamente desta última. Na verdade, o debate sobre a possibilidade de legalização do aborto por decisão da mulher no primeiro trimestre sempre foi realizado na arena social, política e mesmo acadêmica (em menor grau) a partir dessas sensibilidades.

Ocorre que temos que enfrentar o debate do crime de aborto por escolha da mulher, pelo menos neste espaço de jurisdição constitucional, a partir dos princípios constitucionais que informam nosso Estado constitucional democrático e, por conseguinte, dos direitos tutelados por este, na medida em que o Estado deve adotar uma postura de neutralidade quanto às questões de ética privada.[1]

Questões de ordem ética e moral sobre o aborto são deveras importantes para a formação e consciência da comunidade social, todavia, elas pertencem à esfera da moral privada. Cada pessoa tem sua esfera privada, moral e ética de como se comportar e agir em sociedade, a partir de convicções próprias. Contudo, o espaço da moral privada não pode ser confundido com a esfera da responsabilidade pública, e principalmente com o espaço de atuação do Estado de Direito, na restrição dos direitos individuais da pessoa. Ao contrário, a responsabilidade pública exige a abdicação de ética privada em detrimento de uma moralidade comum.

Desse modo, o problema deve ser posto, na arena jurídica repito, a partir das seguintes perguntas: justifica o Estado criminalizar a decisão da mulher por abortamento no primeiro trimestre da gestação? Pode ser negado este direito de escolha da mulher? Existem razões suficientes na ordem constitucional que legitimam esta decisão política majoritária em detrimento de direitos individuais? Quais os princípios constitucionais que estão em colisão? A aceitabilidade ética ou moral do aborto é tão reprovável nas sociedades contemporâneas que legitima sua transferência para o campo da escolha política?

Em razão da complexidade do tema, e do papel de construtor da razão pública que legitima

a atuação desta jurisdição constitucional na tutela de direitos fundamentais, por essência de natureza contramajoritária, com mais razão neste caso concreto, apresento os argumentos que, entendo, justificam a interpretação conforme sugerida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, a fim de que possamos deliberar e formar uma opinião sobre o problema jurídico posto.

Cumpra assinalar que uma decisão por parte deste Supremo Tribunal Federal não necessariamente dará a última palavra sobre a interpretação constitucional correta para a solução da descriminalização do aborto, mas antes iniciará o debate interinstitucional com os demais poderes, a fim de qualificá-lo publicamente, haja vista que o legislativo não avançou nesta agenda, de forma a bloquear a discussão pública.

[...]

5 CONCLUSÃO

Por tais razões, entendo, compartilhando das premissas argumentativas defendidas pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no tocante aos fundamentos jurídicos e juízo de proporcionalidade, que o aborto sob a perspectiva constitucional no Brasil exige regulamentação jurídica que seja, ao mesmo tempo, conforme com os direitos do nascituro e a proteção do direito à vida e dignidade da pessoa humana, bem como em harmonia com o direito à liberdade e autonomia individual das mulheres, as quais devem ter seus direitos à autonomia reprodutiva e sexual, a não discriminação indireta de gênero igualmente tutelados.

Nossa ordem constitucional, incluída nossa jurisdição constitucional que tem por função precípua a definição da interpretação constitucional, como deliberado e decidido nos casos da ADPF 54 e da ADI 3.510, entendeu pelo caráter não absoluto do direito à vida, afirmação esta que é referendada pela própria Constituição Federal, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de

guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX.

Corroborar esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o denominado aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar os direitos do nascituro e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – previsão legislativa que não teve constitucionalidade questionada.

A questão, portanto, é se essa escolha legislativa, com fundamento na proporcionalidade entre os direitos fundamentais, deve limitar-se à hipótese de interrupção da gravidez por motivos de saúde física ou psíquica (circunstância do estupro). Ou seja, se a escolha política majoritária em face do desenho institucional normativo de nossa Constituição Federal é legítima ou, se ao contrário, há necessidade de se conferir interpretação conforme aos artigos 124 a 126 do Código Penal.

Entendo, pelas razões expostas, bem como pela justificação decisória compartilhada do voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso, que a proporcionalidade da escolha política é controversa em face da tutela dos direitos fundamentais da mulher, cabendo interpretação conforme a Constituição para excluir do âmbito de incidência dos artigos 124 a 126 a hipótese de interrupção voluntária da gravidez, por decisão da mulher, no primeiro trimestre.

Ante o exposto, e com os argumentos adicionais trazidos, peço todas as vênias ao eminente Relator para acompanhar o voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso, para conceder de ofício a ordem de habeas corpus, por ausência dos requisitos legais para a manutenção da prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se aos corréus.

O STF, por maioria de votos, não conheceu da impetração, mas concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sergio. Direito, justiça e sociedade. *Revista da Emerj*, v. 5, n. 18, p. 58–65, 2002. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revis-

[ta18_58.pdf](#). Acesso em: 28 dez. 2021.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Acesso formal e material à justiça e acesso à justiça formal e material*. Vitória: EDUFES, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufes.br/handle/10/11794>. Acesso em: 10 dez. 2021.

KELSEN, Hans. As normas da justiça. *In: O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 3–66.

KELSEN, Hans. O que é justiça? *In: O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 1–25.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*: introdução à problemática jurídico-científica. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021.

LOSANO, Mario G. Introdução. *In: KELSEN, Hans (Ed.). O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. VII–XXXIII.

MITIDIERO, Daniel. *Processo civil*. São Paulo: RT/Thomson Reuters, 2021.

MORRISON, Wayne. Liberalismo e a ideia da sociedade justa na modernidade tardia: uma leitura de Kelsen, Fuller, Rawls, Nozick e dos críticos comunitários. *In: Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 457–493.

SGARBI, Adrian. *Classicos de teoria do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo*: do problema ao precedente. da teoria do processo ao código de processo civil de 2015. São Paulo: RT/Thomson Reuters, 2021.

A teoria de justiça de John Rawls, ações afirmativas e o ativismo judicial por meio do Supremo Tribunal Federal

Geovany Cardoso Jeveaux

Tatiana Mascarenhas Karninke

1 INTRODUÇÃO

De início, importante pontuar que o artigo analisará questões atuais que, embora protagonizadas pelo Poder Judiciário brasileiro, impactam não só a esfera judicial, mas também ultrapassam os seus limites para açambarcar a esfera social (a própria sociedade), bem como acabam por interferir nas atribuições dos demais Poderes, tanto o Legislativo quanto o Executivo.

Tratam-se das ações afirmativas encetadas pelo Poder Judiciário, sobretudo e em especial pelo Supremo Tribunal Federal, sendo o exercício de tal “poder” ser denominado de ativismo judicial (para muitos, instrumento de limitação à ditadura da maioria, para outros, verdadeira ingerência sobre atribuições de outros Poderes).

Sob esta perspectiva, é que são analisadas as contribuições da Teoria da Justiça de John Rawls (com suas evoluções para o Liberalismo Político), cuja doutrina, em apertadíssima síntese, busca uma compensação aos membros menos favorecidos da sociedade (que em sua teoria seria uma sociedade “bem ordenada”²), o que,

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

2 Para Rawls, a sociedade bem-ordenada, totalmente regulamentada por concepção política de justiça, seria constituída por pessoas livres que possuem como intuito cooperar uns com os outros de forma equitativa. A concepção política de justiça é a pedra angular de toda e qualquer sociedade bem-ordenada, cujos membros admitem como verdadeira a necessidade de terem um conjunto de princípios, critérios, para atribuição de direitos e deveres básicos, possibilitando a adequada distribuição tanto do bônus quanto do ônus da cooperação social.

confessadamente, não é o caso da sociedade brasileira.

Aliás, acerca desta afirmação, o Ministro Luís Roberto Barroso, no texto em coautoria com Aline Osório intitulado *“Sabe com quem está falando?”: notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo*, sintetiza bem a questão acerca da sociedade não ordenada na qual vivemos e na existência de uma velada (ou não tão velada assim) omissão sobre as minorias menos favorecidas, valendo a pena a reprodução:

[...] O Brasil é um país adorável. Faz sol a maior parte do ano, a trilha musical é ótima e as pessoas, no geral, são amistosas e têm alegria de viver. Muitos dizem que a vida aqui é uma festa. E de fato ela pode ser. O problema é que se você for pobre, mulher, negro ou gay, é muito provável que não tenha sido convidado. Por trás do mito do “brasileiro cordial” e da democracia racial, esconde-se uma história de injustiça e discriminação. A desigualdade extrema é marca profunda da formação social do Brasil. Somos herdeiros de uma sociedade escravocrata – fomos o último país do continente americano a abolir a escravidão –, acostumada a distinguir entre senhores e servos, brancos e negros, ricos e pobres. Fomos criados em uma cultura em que a origem social está acima do mérito e da virtude, e na qual, na percepção dos cidadãos e dos agentes estatais, parece existir superiores e inferiores. (BARROSO, 2018, p. 146)

Ainda em apertada resenha, para John Rawls, uma sociedade só pode ser considerada justa, se houver a diminuição das mais diversas e variadas maneiras de desigualdades e para tanto, admite que sejam adotadas ações afirmativas em favor das minorias. Por óbvio, reconhece-se que a teoria rawlsiana exerce forte e excessiva influência sobre as políticas governamentais contemporâneas, em especial, como foco do aqui tratado, das ações afirmativas em favor do *worst off* (menos favorecidos), classificação por ele denominada.

Mas será que Rawls pregou a adoção de ações afirmativas de forma categórica, em especial, dando carta branca ao Poder Judiciário, em especial, às Supremas Cortes para exercerem o papel de protagonistas e executoras do ideal de justiça social, na qual os *better off* (os mais dotados, sejam por nascimento, por herança ou dom) deveriam renunciar em favor dos *worst off*, a fim de que com igualdade de condições pudessem ampliar seus horizontes?

O imbróglio tratado aqui é se o ativismo judicial – tão em

voga atualmente, não sendo uma característica peculiar ao Brasil - poderia adentrar e fazer o papel das políticas públicas, que caberia aos outros Poderes, sob o pretenso fundamento da teoria rawlsiana, como forma de servir de instrumento imprescindível para as garantias e direitos fundamentais ou se representa verdadeira ingerência antidemocrática sobre os demais Poderes.

É o que se propõe a tratar o artigo, não com o objetivo de se esgotar o tema, mas propor um norte para avaliar a contribuição da teoria rawlsiana sobre as ações afirmativas e o papel reconhecidamente proativo (ativismo judicial) da Suprema Corte Brasileira.

2 DA TEORIA DE JOHN RAWLS: DA TEORIA DA JUSTIÇA AO LIBERALISMO POLÍTICO

2.1 Sobre John Rawls

John Rawls nasceu em Baltimore, em 21/02/1921 e faleceu, já octogenário, em 24/11/2002. Foi um professor de filosofia política na Universidade de Harvard, autor de “Uma Teoria da Justiça” (*Theory of Justice*, 1971), “Liberalismo Político” (*Political Liberalism*, 1993) e “O Direito dos Povos” (*The Law of Peoples*, 1999).

“*Uma Teoria de Justiça*” tinha como objetivo apresentar alternativa ao utilitarismo, já que propunha um procedimentalismo (aliás, um procedimentalismo puro), uma vez que estabelecida a regra do jogo, qualquer resultado seria justo.

Após reformular e aperfeiçoar algumas das suas teses, além de incorporar e responder a seus escritos, Rawls apresentou uma nova versão de sua teoria na obra o “*Liberalismo político*”, publicada em 1993, reposicionando sua teoria para o campo da filosofia política.

É reconhecidamente e notoriamente responsável pela teoria política que mais influenciou o pensamento – não só filosófico, mas também político da contemporaneidade, sendo expoente do modelo igualitário que concede a oportunidade de acesso aos bens primários, aliando direitos individuais a ideia de justiça social, rompendo com a tradição da justiça aristotélica, baseada no modelo de meritocracia

(neste modelo, os indivíduos receberiam recompensas de acordo com os seus méritos).

Para Rawls, o entendimento é outro: o modelo é igualitário, possibilitando aos indivíduos terem acesso aos bens mais primários, tudo de acordo com a ideia de justiça social.

2.2 Da teoria da justiça ao liberalismo político: do deslocamento da teoria do campo da ética para a política

Inicialmente, há que se destacar que a base teórica de John Rawls não se encaixa exatamente no liberalismo³, fundamentando-se primordialmente na igualdade de liberdade. Possui inspiração humanista de Locke, Rousseau e Kant, apresentando uma proposta alternativa ao utilitarismo e ao institucionalismo até então apregoado. O autor não é um liberal clássico (neoliberal), tampouco um utilitarista; o liberalismo que o influencia é aquele que exige distribuição com base no princípio da diferença, premissa da social democracia.

Em 1957, Rawls lançou o primeiro livro intitulado “Justice as fairness”, ao redor do qual foi se construindo a “A Theory of Justice”, publicado em 1971. A partir daí, passou a receber muitas críticas e em 1980, passou a escrever artigos, não com o objetivo de revisar a definição de princípios de justiça enunciados na obra principal ou a argumentação de que esses princípios seriam os preferencialmente escolhidos a qualquer outro numa *situação de fairness*, mas sim o de revisar o campo de aplicação (restringindo-o) e os meios de efetivação de uma teoria que permanece essencialmente intocada, deslocando sua teoria da filosofia moral para a filosofia política.

Aliás, ainda na “*Theory*”, Rawls concebe justiça como equidade, elaborando uma proposta inovadora de justiça igualitária,

3 Por não comportar a matéria no artigo, deixar-se-á de lado, o estudo sobre a evolução, do ponto de vista histórico do conceito de Estado, ocorrida depois das Revoluções Francesas e Americana, chegando-se até o Estado do bem-estar social, no qual os direitos fundamentais contidos na Constituição abandonam o caráter meramente programático para possuírem plena normatividade e eficácia. São as transformações que impactaram não só o Estado, mas também a interpretação constitucional: como o reconhecimento da força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento da nova hermenêutica e de novas categorias para a interpretação constitucional.

fundamentada em dois princípios fundamentais o princípio da igual liberdade (*equal liberty principle*) e o princípio da diferença.

Em essência, ao preconizar que uma sociedade justa teria dois pressupostos, o primeiro, a igualdade de oportunidade a todos em condições de igualdade plena, ou equidade plena e o segundo, que os benefícios consecutórios dessa sociedade justa devem ser distribuídos, com preferência, aos integrantes menos privilegiados da sociedade (*worst off*), uma vez que para que se concretize a justiça social, é imprescindível amparar os desvalidos, os menos favorecidos.

Segundo sua teoria, para uma sociedade ser justa, é necessário que se diminuam as diversas formas de desigualdades, sendo para tanto, indispensável e necessário a adoção de ações afirmativas em favor de minorias.

O início da construção teórica de Rawls é em um estágio anterior ao contrato social, a que denomina “posição original”, podendo-se classificar a seguinte afirmação como uma premissa kantiana: é um estágio no qual todos os homens necessitam elaborar um ordenamento com regras justas e imparciais, pois neste momento, a pessoa não saberá ainda em que condição adentrará à sociedade. Nesse estágio pré contratual, um grupo de indivíduos – que irão em breve formar uma sociedade – necessita eleger os princípios informativos e norteadores daquela futura sociedade. E para que a opção não tenha como mola mestra o interesse individual, o interesse de cada pré membro, bem como para se evitar o interesse coletivo do utilitarismo, Rawls idealiza o que conceitua como “véu da ignorância”.

Isto é, esses pré membros desconhecem a classe social a que pertencerão, se serão ricos ou pobres, nobres ou plebeus, se serão civilizados ou não, enfim, devem decidir de olhos vendados, um tanto quanto no livro *Bird Box* (MALERMAN, 2015), agora adaptado para filme (NETFLIX, 2018), norteados pelo senso de justiça que cada um possui.

Michael J. Sandel em sua obra *O que é fazer a coisa certa* acentua que para se compreender a justiça, sob a ótica de Rawls, é necessário indagar quais seriam os princípios com os quais todos os membros assentiriam numa situação de equidade.

Mas, será que todos esses membros reunidos, discutindo so-

bre os princípios que governariam suas vidas, escolheriam os mesmos princípios? Será que se chegaria a um consenso? E se chegasse, esse consenso seria uma convergência substancial? Ou poderia ser o produto do “maior poder de barganha de alguns sobre os demais” (SANDERS, 2011, pp. 179-180)?

Nesse passo, Rawls entende o contrato social como um acordo hipotético em uma posição original de equidade, deixando-se de lado convicções morais e religiosas, por exemplo, tudo a fim de se sair de um ponto de partida comum, de uma situação inicial equitativa.

A partir daí, vem a sociedade organizada⁴ e como gizado, Rawls foi reformulando sua teoria, mas sem deixar de lado a justiça distributiva. O “Liberalismo Político” é produto, no aspecto formal, de compilação de artigos escritos após a publicação de “Uma Teoria da Justiça” e no aspecto material, de uma reformulação do ordenamento proposto nesta teoria.

A partir de uma abstração do dispositivo contratual, reconsiderou a questão estabilidade, pretendendo Rawls deslocar e reposicionar a justiça como equidade do campo da filosofia moral para a filosofia política, indicando como suas preocupações: a) construir uma concepção política da justiça como equidade que pudesse, pelo consenso de sobreposição ser assumida pelas demais doutrinas morais abrangentes (deve ser reconhecida como concepção política de justiça e não como doutrina moral); b) ainda concordando com seu posicionamento anterior, reitera que os princípios de justiça provêm de algum consenso, mas agora admite que esse consenso não tem de e ser encontrado na sociedade universal, mas num grupo mais restrito (o contrato define ou nos ajuda a definir o que é justo para nós) e c) a sua teoria da justiça deve ser entendida como doutrina política e não como doutrina moral, não estando vinculada a quaisquer doutrinas metafísicas (a justiça como equidade deve ser vista unicamente como uma concepção política de justiça).

O Liberalismo político constitui uma estratégia autoconfessada de recolhimento, uma reorientação da postura moral da Teoria

4 Como gizado, a sociedade bem-ordenada é ordenada por uma concepção política e pública de justiça: uma sociedade na qual todos os seus membros, após vestirem seus véus de ignorância, aceitaram os mesmos princípios de justiça, sendo sabedores e crentes que a estrutura básica da sociedade observa os princípios de justiça.

da Justiça para uma instância política, “criptomoral”, estando agora convicto de que nossas visões de vida e significados são plurais. Se assim o for, então o objetivo da filosofia moral e política é revelar a natureza política de uma ordem democrática constitucional na qual pesquisadores do “justo”, que se encontrem em diferentes caminhos, concordem que têm divergências mas acordam prover um ao outro oportunidade relativamente igual de providenciar a vida boa conforme cada um deles a compreende, de uma forma consistente com a manutenção da democracia de homens razoáveis (um quadro bastante convencional do formato do liberalismo americano).

A abstração vaga da “Theory” de homem razoável que escolhe regras de um jogo político e social sob o véu da ignorância, a partir de onde deve situar-se, permanece como uma força inerte que motiva o Liberalismo Político, agora de forma mais restrita: entra-se num viveiro incomum de homens razoáveis que buscam descobrir como viver com cada outro. Todos necessitam concordar com algumas regras básicas. Existem divergências, mas como homens razoáveis, mesmo que estejamos convencidos da verdade e exequibilidade de suas próprias pressuposições igualmente toleráveis. Descobrem que se devem tolerar uns aos outros e se suprir, como um todo, de oportunidades necessárias para sustentar a solidariedade de homens razoáveis.

O liberalismo de Rawls fornece a liberdade, o estilo de vista individualista e a disciplina do dever cívico baseado no que o autor e seus interlocutores consideram ser razoável. O ponto de partida, para Rawls, será desenhar uma cultura pública como ‘repositório’ comum de princípios e ideias fundamentais que são implicitamente reconhecidos.

O autor exemplifica citando o caso da crença na tolerância religiosa e o repúdio à escravidão que são preceitos já consolidados na sociedade e presentes na referida “cultura pública”.

A concepção política de justiça deve mostrar-se consistente com nossos juízos ponderados em todos os níveis de generalidade. O objetivo inicial é construir uma concepção de justiça política.

A justiça como equidade procura fazer isso se valendo de uma ideia organizadora fundamental sob a qual todas as ideias e princípios possam ser sistematicamente conectados e relacionados.

O objetivo é que as principais instituições da sociedade e a

maneira como se organizam em um sistema único de cooperação social podem ser examinadas da mesma maneira por qualquer cidadão, seja qual for sua posição social ou seu interesse (véu da ignorância).

Deixando ainda no ar a indagação, houve mudança significativa do entendimento inicial de Rawls, pretendendo agora que a sua teoria seja enxergada por meio da concepção de política. Partindo do fato do pluralismo valorativo, ou seja, da multiplicidade de concepções abrangentes da vida social presentes na cultura contemporânea, ele argumenta que sua teoria tem um caráter político, sem qualquer conotação moral.

O desafio fundamental de sua teoria é justamente buscar um consenso sobre o que é justo diante da multiplicidade de doutrinas abrangentes de comunidades, grupos e indivíduos. Sua teoria busca determinar o que é ‘justo’, não o que é ‘moral’, ‘ético’ ou ‘bom’. Aliás, é este o grande desafio da filosofia política: responder à indagação do que vem a ser uma sociedade justa. E o grande mérito de J. Rawls foi o de tentar construir uma teoria de justiça, aproximando dois valores aparentemente conflitantes – de acordo com as grandes ideologias do Século XX, que são o da liberdade (como valor supremo da vida humana) e o da igualdade (valor fundamental na convivência política).

Diante da fragmentação e da diversidade de visões de mundo atual, Rawls sustenta a necessidade de um “consenso sobreposto”, qual seja, um consenso em torno de uma concepção pública de justiça compartilhada pela comunidade social.

A busca deste consenso exige da parte dos cidadãos o uso da razão pública, ou seja, da capacidade de colocar-se na esfera pública buscando alcançar um entendimento em torno dos dissensos resultantes da pluralidade de doutrinas abrangentes.

Ao retirar sua teoria do campo da filosofia moral, deixando de afirmá-la como alternativa a qualquer outra doutrina filosófica abrangente para sustentá-la exclusivamente enquanto concepção política da justiça, Rawls parecia ter conseguido escapar à crítica de buscar a solução para os problemas da sociedade por meio da concepção ética.

Mas, será que houve o estreitamento da teoria da justiça como equidade? Pode-se afirmar que a estabilidade política alcançada por meio do consenso de sobreposição torna-o bastante próximo de teorias éticas abrangentes que buscam acordos negociados, mas

o recuo de Rawls acaba por configurar um empreendimento impossível.

A teoria da justiça deixa de buscar uma doutrina filosófica abrangente para situar-se apenas como uma concepção política à qual todas as teorias abrangentes razoáveis podem filiar-se a partir de sua própria base moral, o que é impossível.

Os valores da doutrina liberal abrangente ainda informam muito o pensamento de Rawls, pois ao alcançar uma adesão de indivíduos que fundamentam suas opções em gerador diferentes concepções de mundo, estaria ele conseguindo, de modo camuflado angariar adesão não apenas ao liberalismo enquanto concepção política, mas também enquanto doutrina filosófica abrangente.

A indagação que subsiste é se essa propagada equidade poderia ser exercida pelo Poder Judiciário (por óbvio que Rawls parte do pressuposto de que cada sociedade seria ordenada e agiria de forma espontânea e nem haveria necessidade de que o Poder Judiciário, então, atuasse na forma da justiça distributiva). Mas, quando esta é inexistente, poderia o ativismo judicial encontrar fundamento na teoria rawlsiana?

3 DO ATIVISMO JUDICIAL

3.1 Do princípio da separação dos poderes

Como é consabido, até mesmo força do que dispõe o artigo 2º da Constituição Federal, “*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*” Desta forma, embora o Poder seja único, existe uma espécie de segregação de poder, a fim de possibilitar o exercício da atividade executiva, legislativa e jurisdicional.

Apenas para trazer uma contribuição à assertiva, vale a pena trazer a lição do Ministro do STF, que se encontra na inatividade, Eros Roberto Grau:

[...] O fato é que os arquétipos teóricos que constituem base e ponto de partida de raciocínio dos juristas já não são mais adequados à compreensão – que dirá à explicação – da realidade.

A chamada *separação dos poderes* é assumida como dogma. Quem a conteste é tida como herege. Especialmente os administrativistas e os constitucionalistas de velha cepa continuam presos a ela, como se o tempo não houvesse passado. Como não costumam ler os clássicos no original, não se dão conta de que Montesquieu jamais cogitara de uma *separação* de Poderes, de que Montesquieu propõe a *divisão com harmonia* (autêntica *interdependência* entre eles), nada mais [...] (GRAU, 2016, p. 45)

Pelo princípio da separação dos poderes, cada qual detém uma função principal. Ao Poder Legislativo, compete-lhe precipuamente formular leis; ao Poder Executivo, governar o Estado e ao Poder Judiciário, cabe exercer a jurisdição, ou seja, resolver a demanda judicial que lhe foi levada, por não ter havido composição entre as partes, surgindo o conflito de interesses, incumbindo ao Estado Juiz dirimir a questão.

Os dois primeiros Poderes são integrados por pessoas eleitas pelo voto do povo e caberiam a eles decisões precipuamente políticas, já o terceiro poder é composto por juizes não eleitos, cabendo-lhe, a função técnica de julgar. Para resguardar o Poder Judiciário de “pressões externas”, as Constituições geralmente asseguram garantias institucionais, como a vitaliciedade dos cargos, a irredutibilidade da remuneração, sendo que no caso do Supremo Tribunal Federal, não existira a possibilidade de “promoção”, altercando Patrícia Perrone Campos Mello que:

[...] Além disso, no caso de membros de uma Corte Constitucional, o comportamento judicial não é influenciado por ambições de promoção, pois trata-se do tribunal de mais alta hierarquia. E dificilmente os membros de tal Corte almejam outros cargos, uma vez que poucas posições gozam de maior prestígio para um juiz do que o assento em uma Suprema Corte. A autonomia e a liberdade de convencimento desses juizes são reforçadas, ainda, pelo fato de não estarem obrigados a respeitar precedentes antigos, já que as Cortes Constitucionais podem rever suas próprias decisões. Por fim, os julgados proferidos pelas aludidas Cortes não são passíveis de reversão por órgão judicial hierarquicamente superior.

Assim, acredita-se, as compensações que podem influenciar o comportamento dos Ministros de uma Corte Constitucional são geralmente pouco relevantes, como a título de ilustração, a preservação de tempo para a obtenção de receitas não judiciais,

Ateoria da justiça de John Rawls, ações afirmativas e o ativismo judicial por meio do STF

provenientes de atividades acadêmicas, e compensações não pecuniárias, tais quais popularidade, prestígio, deferência, redução do volume de trabalho, maximização de seu tempo para lazer etc. Observadas as condições antes descritas, segundo a teoria da separação dos poderes, esses juizes seriam praticamente imunes a ingerências políticas e à pressão de agentes externos. (MELLO, 2015 p. 222)

Assim, a conduta proativa da Suprema Corte não seria guiada por conta de tais fatores, mas tão-somente para conceder e efetivar a justiça distributiva por meio da adoção de ações afirmativas, que, portanto, seriam, a princípio, constitucionais.

Aliás, apenas para ilustrar a fala contida acima, em recente caso julgado pela Suprema Corte, o Decano do STF, Ministro José Celso de Mello (Relator), nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, tombada sob o nº 26 (ADO 26), ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS), por meio da qual, se pugnou pela criminalização da LGBTfobia, entendeu que o fato de discriminar alguém do grupo menos favorecido LGBT só por conta da orientação sexual, deveria ser comparada à prática do racismo, criminalizando pois, a conduta, impondo-lhe a mesma pena.

A ação acabou sendo levada a julgamento pelo Pleno do Tribunal, que conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e no seu mérito:

[...] Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandato de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-

-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento [...]

Lendo-se os votos, verifica-se que há “defesa” de que o STF não estaria usurpando atribuições que seriam, a rigor de outros poderes – no caso do Poder Legislativo (neste ponto, fica no ar o disposto no artigo 1º do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, de que não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal).

Observe-se, porém, tal conduta proativa⁵ só foi adotada pela Suprema Corte, porque foi “reconhecida” a mora do Congresso em criminalizar a homotransfobia⁶, sendo a demora inconstitucional, e por isso, defendeu-se interpretação conforme a Constituição: enquanto não houver legislação específica, a cargo do Poder Legislativo, razão pela qual ele determina que se dê ciência ao Congresso Nacional para que dê andamento à confecção de diploma normativo à questão.

Nesse ponto, retorna, então, à análise do papel do Supremo Tribunal Federal, do ativismo judicial e se este encontra fundamento na teoria rawlsiana.

Sobre o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, segundo Ministro Luís Roberto Barroso,

[...] o que cabe aqui destacar é que a Corte desempenha, clara-

5 Registre-se que ele julga procedente a ação, com eficácia geral e efeito vinculante, cujos efeitos somente devem ser aplicados a partir da data em que se concluir o julgamento.

6 Para ser politicamente mais correto, passou-se a utilizar a expressão LGBTfobia, o que alcança todos os membros do grupo de orientação sexual diversa da hétero.

Ateoria da justiça de John Rawls, ações afirmativas e o ativismo judicial por meio do STF

mente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de *contra-majoritário*: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar inconstitucionalidade de leis (i.e., de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí, o termo *contramajoritário*. O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional, pode ser definido como representativo. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo pelo Congresso Nacional. (BARROSO, 2018, p. 40)

E continua ainda sobre o papel representativo da Suprema Corte:

[...] Esse papel representativo do Supremo Tribunal Federal tem despertado grande atenção nos últimos tempos. E tem imposto uma reflexão acerca das relações da Corte com a sociedade e com os outros poderes. A capacidade de uma corte constitucional de interpretar e levar em conta o sentimento social é positiva e desejável. Em uma democracia, todo o poder é representativo, vale dizer deve ser exercido em nome e interesse do povo, bem com deve contas à sociedade. Por isso, os juízes de qualquer grau de jurisdição devem olhar pela janela de seus gabinetes e se esforçarem por compreender à realidade à sua volta. Mas aqui há cuidados a serem tomados: por Judiciário não pode se tornar mais um canal de política majoritária, subserviente à opinião pública ou pautado pela mídia. Muitas vezes, a solução justa não é a mais popular. E o populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro.

No tocante à relação com outros poderes, também se impõem cuidados. No Brasil, o Poder Legislativo vive um momento difícil, certa crise de representatividade e de funcionalidade. Apesar da clara percepção do fenômeno, as lideranças políticas não conseguiram, ainda, avançar uma agenda de reformas, particularmente de uma reforma política. Isso aumenta a pressão sobre o Judiciário, muitas vezes provocado pelos próprios agentes políticos a atuar em questões controvertidas. Outras vezes, entidades da sociedade civil ou particulares postulam judicialmente o atendimento a demandas sociais que emperraram no processo

político majoritário. Embora seja inevitável, muitas vezes, uma atuação mais expansiva, é preciso evitar a arrogância judicial ou qualquer pretensão de hegemonia. Nesta questão, como tudo na vida, é preciso acertar a justa medida.

Por ocasião de minha sabatina perante o Senado Federal, realizada em 5.6.2013, expus o meu ponto de vista na matéria. No mundo ideal, política é política, direito é direito. São domínios diferentes. No mundo real, todavia, as fronteiras nem sempre são demarcadas de maneira nítida. E, assim, surgem tensões inevitáveis. Quando isso ocorre, é preciso critérios para equacionar a questão. Penso ser próprio aqui distinguir duas situações: a) quando tenha havido uma atuação do Legislativo ou do Executivo em relação ao tema; e b) quando *não* tenha havido tal atuação.

A primeira situação, portanto, se dá quando o Legislativo tenha efetivamente deliberado acerca de determinada matéria. Por exemplo: (i) a edição de uma lei permitindo e disciplinando as pesquisas com células-tronco embrionárias; ou (ii) a edição de lei disciplinando a ação afirmativa em favor de negros. Nesses dois casos, embora exista controvérsia política, o Judiciário deve ser deferente para com as escolhas feitas pelo Legislativo. Não cabe ao Judiciário sobrepor a sua própria valoração política à dos órgãos cujos membros têm o batismo da representação popular.

Situação diversa ocorre quando o Legislativo não atuou, porque não pôde, não quis ou não conseguiu formar maioria. Aí haverá uma lacuna no ordenamento. Mas os problemas ocorrerão: a) o Congresso não havia ainda regulado a greve no serviço público. A despeito disso, as greves ocorriam, surgiam disputas e o STF se viu na contingência de estabelecer as regras que deveriam ser aplicadas até que o Congresso viesse a dispor a respeito; ou b) o caso das relações homoafetivas. Elas existem. São um fato na vida, independentemente do que cada um pense sobre o ponto. Não há lei a respeito. Pois bem: o Estado tem que tomar uma posição sobre a existência ou não desse direito desses casais a serem reconhecidos como uma entidade familiar, pela importância moral desse reconhecimento e por uma série de questões práticas (herança, pensão alimentícia, divisão do patrimônio em comum). Quando o Congresso Nacional não oferece uma resposta, é natural que os afetados traduzam o seu pleito perante o Judiciário, buscando a afirmação jurídica daquilo que a política se negou a discutir. (BARROSO, 2018, pp. 40-41)

Assim, ao que Ministro Luís Roberto Barroso denomina pa-

pel representativo, para nós significa atuar de forma proativa, em manifesto ativismo judicial. Ora, o Poder Judiciário não encontra respaldo em uma ampla legitimidade democrática, tal qual o Executivo e o Legislativo, já que os juizes não foram eleitos pelo povo: será que esta interferência não violaria o pacto democrático?

Na obra *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*, há nítida preocupação com a “judicialização da política”, tendo Rodrigo Brandão assentado que:

[...] Estas experiências tem em comum o fato de preconizarem a vinculação material do Legislador à Constituição, que é garantida por um órgão imparcial a que se confere a prerrogativa de controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos. Vê-se, portanto, que a Constituição assume a condição de “lei superior”, na linha do modelo norte-americano. Passa-se a extrair do princípio da Supremacia da Constituição – agora concebido em uma acepção hierárquico-normativa – a invalidade da lei e atos normativos inconstitucionais, e o poder-dever de órgão(s) judicial(is) ou quase judicial(is) proclamarem-na.

Todavia, mais que a importação do controle judicial de constitucionalidade das leis – ainda que não necessariamente o modelo difuso e incidental norte-americano –, o fenômeno da expansão global do Poder Judiciário é mais amplo e complexo. Com efeito, ele não – raro tem trazido a reboque a chamada “judicialização da política”, assim compreendido o processo pelo qual o Judiciário passa a decidir questões que eram tradicionalmente resolvidas pelos Poderes Legislativo e Executivo, e que naturalmente possuem intenso conteúdo político. (BRANDÃO, 2017, p. 6)

Desta forma, entende-se que o ativismo judicial pode sim ser considerado um veículo de extremada importância para a efetivação de direitos fundamentais, uma vez que em nome da justiça distributiva (com forte presença da teoria rawlsiana), o Poder Judiciário pode ordenar ao Estado que implemente políticas públicas de inclusão social em favor dos *worst off*.

Diz-se que há presença da teoria de Rawls porque se ele compreende ser fundamental que o Poder Público, em todas as suas facetas, propiciar a igualdade, a inclusão social por meio de ações afirmativas, ao Judiciário também estaria autorizado lançar mão de decisões que erradicassem ou minimizassem as desigualdades so-

ciais, assegurando a igualdade de oportunidades e de tratamento. A justa oportunidade a que se refere Rawls.

Todavia, defende-se aqui que tal regra não é absoluta, devendo ser analisado no caso concreto (lembremos de Robert Alexy!) a constitucionalidade da ingerência do Poder Judiciário sobre outro Poder e como tal afetaria o diálogo entre as instituições.

Assim, muito embora deva ser feita a análise da viabilidade das políticas afirmativas de inclusão social, caso a caso, entende-se que a implementação por parte da Suprema Corte de ações afirmativas nem sempre podem tomar como fundamento a teoria rawlsiana, a uma porque seu ideal foi concebido para uma sociedade ordenada e a duas, porque ele jamais defendeu diretamente tal modelo de política pública.

Contudo, em determinada questão, o ativismo judicial pode servir de veículo para a consolidação de direitos e em outra, como ingerência e interferência das atribuições de outros Poderes. A análise deve ser pontuada em cada caso concreto.

3.2 Do ativismo judicial no STF: alguns exemplos

Como gizado, a justa oportunidade concebida por John Rawls, que nada mais é do que a justiça distributiva, parte do pressuposto de que uma sociedade só pode ser considerada socialmente justa por meio de uma congruência política e moral, fundamentada na igualdade de direitos e na solidariedade coletiva.

Tal concepção foi açambarcada pelo Supremo Tribunal Federal em diversas ocasiões, algumas de forma expressa e outras não.

Na Ação de Descumprimento por Preceito Fundamental, ADPF nº 186, na qual foi Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, na qual se interpretou o artigo 5º da Constituição Federal, reconhecendo manifestadamente que o princípio da igualdade nela positivado refere-se à igualdade material, adotando-se, pois neste julgado, política de inclusão social, reservando um percentual de suas vagas para indivíduos de raças negras, reconhecendo a constitucionalidade de tal, mencionando-se de forma expressa em seu voto a teoria rawlsiana, assim constando:

[...] à toda evidência, não se ateuve ele, sim-

plesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro – a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais. Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado 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.

[...] é bem de ver, contudo, que esse desiderato, qual seja, a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, apenas é alcançado, segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada “justiça distributiva”. Só ela permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo.

Inegável a influência rawlsiana no julgado acima referido. Em outras diversas situações, claro foi o ativismo judicial na Suprema Corte, podendo-se citar os casos mais notórios:

Em 2006, o Supremo, nos autos da ADIn nº 1351/DF, possuindo como Relator o Ministro Marco Aurélio, derrubou uma regra aprovada pelo Congresso que estabelecia a adoção de uma cláusula de barreira, que reduzia o acesso ao fundo partidário e ao tempo de rádio e TV a legendas que não obtivessem ao menos 5% dos votos para a Câmara dos Deputados. À época, o argumento era a necessidade de garantir o funcionamento de partidos menores para evitar o “massacre das minorias” (teoria rawlsiana (!)).

Em 2011, por meio da ADIn 4277 e ADPF 132, o Supremo decidiu acerca da união civil homoafetiva, equiparando o casamento homoafetivo aos casamentos entre homem e mulher.

Em 2012, nos autos da ADPF 54, a Corte autorizou o aborto de fetos anencéfalos.

Em 2016, o STF – em sistema de repercussão geral -, nos autos do RE nº 898.060/SC, em relatoria do Ministro Luiz Fux (em *leading case*), do qual derivou, inclusive a Tese nº 622, reconheceu a socioafetividade e a multiparentalidade (que já foi regulamentada pelo Provimento nº 63/2017 e atualmente pelo Provimento nº 83/2019, do CNJ).

Em 2019, por meio do RE 657.718/MG, o STF decidiu que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamento experimental ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a não ser em casos *excepcionais* (a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora não razoável da ANVISA em apreciar o requerimento administrativo – prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016, quando preenchidos três requisitos: a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; II – a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior e III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil).

3 CONCLUSÕES

Rawls, como visto, propôs idealizada justiça distributiva, por meio da qual, pressupõe que uma sociedade somente poderia ser justa socialmente por meio de uma conciliação política e moral, fundamentada na igualdade de direitos e na solidariedade coletiva.

Isto já seria inerente a uma sociedade bem ordenada com a adoção de consenso sobreposto, se necessário.

Não se nega, pois, o legado deixado por Rawls, que estabeleceu as premissas básicas para a construção de uma sociedade livre, dotada de equidade e justiça social para os menos favorecidos.

O Supremo Tribunal Federal recepcionou tal teoria, autorizando, pois, o ativismo judicial com o fito de ingerir nas demais funções estatais, quando estas são omissas, seja porque o Poder Legislativo não legislou seja porque o Poder Executivo não executou. Todavia, a premissa, segunda a ótica deste artigo não deve ser aplicada a todo e qualquer caso, mas deve ser ponderado casuisticamente se realmente a adoção daquela ação afirmativa em favor das minorias desfavorecidas implicaria em violação ou não do princípio da separação de Poderes.

Aliás, cabe ao Poder competente inicialmente adotar, implementar e realizar as políticas públicas de inclusão social, em ações verdadeiramente afirmativas, possibilitando o acesso de todos os desfavorecidos e não só daqueles que batem à porta do Judiciário.

O ativismo judicial tem se revelado como uma importante ferramenta de concretização de direitos fundamentais, sobretudo aos *worst off*, mas se não “utilizada” de forma equilibrada pode implicar em inadequada ingerência sobre outros poderes, podendo ocorrer inclusive um desequilíbrio nas contas orçamentárias, na qual estaria ocorrendo a desigualdade inversa, para os *better off* ou até mesmo para os *worst off* que não se valeram da adoção da determinação judicial, criando-se castas privilegiadas, o que seria um tremendo contrassenso à teoria da justiça de Rawls.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BIRD box. Direção: Susane Bier. Produção: Chris Morgan. Estados Unidos, Netflix, 2018.

BRANDÃO, Rodrigo (organizador). *Cortes constitucionais e supremas cortes*. São Paulo: Juspodivm, 2017.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. A interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 7. ed., refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros: 2016.

JEVEAUX, Geonavy Cardoso. *Teorias do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MALERMAN, Josh. *Caixa de pássaros*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF /coordenador Lenio Luiz Streck*, 2. ed., rev. e atual. Salvador: Juspodvium, 2018.

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

RAWLS, J. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

_____. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução de Cláudia Berliner.

São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge: Harvard University, 2001

_____. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. *Uma Teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

2011.

SEN, Amartya Kumar. *Desigualdade reexaminada*. Tradução e apresentação de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

STF. ADI n. 1351. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1351. Número único 0002391-69.1995.0.01.0000. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1625725>. Acesso em: 23 ago.2019

STF. ADIN n. 4277. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Número único 0006667-55.2009.0.01.0000. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 23 ago. 2019

STF. ADO nº 26. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Número único 9996923-64.13.1.00.0000. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 23 ago.2019.

STF. ADPF n. 54. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Número único 0002071-86.2004.0.01.0000. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 23 ago.2019.

STF. ADPF n. 132. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Número único 0000800-18.2008.0.01.0000. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em 23 ago.2019

STF. ADPF n. 186. Ação de Arguição de Descumprimento Fundamental nº 186, Número único 0005708-84.2009.0.01.0000. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe: 20/10/2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>. Acesso em: 23 ago.2019.

STF. MI n. 4733. Mandado de Injunção nº 4733, Número único 9942814-37.2012.1.00.0000, Relator: Ministro Edson Fachin. Dis-

ponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 23 ago.2019.

STF. RE n. 898.060. Recurso Extraordinário nº 898.060 (com repercussão geral), Sem número único. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>. Acesso em: 23 ago.2019.

STF. RE n. 657.718. Recurso Extraordinário nº 657.718/MG (com repercussão geral), Sem número único, Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 23 ago.2019

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO. Biblioteca Central. *Normalização de Referências NBR 6023:2002*. Vitória: EDUFES, 2015. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/handle/10/1532>. Acesso em: 23 ago.2019.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO. Biblioteca Central. *Normalização e Apresentação de Trabalhos Científicos e Acadêmicos*. Vitória: EDUFES, 2015. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/handle/10/1533>. Acesso em: 23 ago.2019.



**A teoria da justiça de John Rawls, ações afirmativas
e o ativismo judicial por meio do STF**

A teoria de justiça rawlsiana e as ações afirmativas pela iniciativa privada

Veronica Ribeiro Saraiva

1 INTRODUÇÃO

Os pensamentos do filósofo norte-americano John Rawls no campo da Justiça inspirou muitos estudiosos a escreverem trabalhos tecendo paralelos entre a teoria rawlsiana e as temáticas sociais.

A presente pesquisa examinará a aplicação do princípio da diferença insculpido na Teoria da Justiça de John Rawls no âmbito privado através do uso de programa/ações afirmativas para a correção de desigualdade material entre os indivíduos em prol da justiça social.

2 BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE A TEORIA DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

O Professor Newton de Oliveira Lima ao analisar a vida e a obra de John Rawls trouxe que a primeira grande publicação do autor americano foi *Uma Teoria da Justiça* de 1971 e “nesta obra ele apresenta um programa de justiça aplicável para uma sociedade democrática, cujos valores centrais definidores do justo são a liberdade e a igualdade. Ele frisa principalmente a necessidade de uma teoria da distribuição de bens com fins sociais, de bens primários (aqueles necessários à sobrevivência imediata) e secundários (os que servem

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

para os indivíduos se desenvolverem integralmente) – sem igualdade, a liberdade “clássica” do liberalismo, formada no Século XVIII, perde o sentido no Pós-II Guerra Mundial (1945).”²

A teoria de justiça rawlsiana está ancorada nos princípios da igualdade e da diferença que buscaram condensar, nas palavras do professor Eduardo Appio³, na apresentação ao Texto de Roberto Gargarella, “uma verdadeira ambiguidade persistente na (notável) comunidade norte-americana, qual seja a busca de uma (justa) divisão de bens (sociais) em uma comunidade próspera sem que se aniquilem os fundamentos da livre iniciativa” e “através de uma doutrina inicialmente abrangente, princípios tão díspares como o igual acesso a bens e serviços a todos os cidadãos e o resgate dos vitimados pela loteria natural”⁴.

A teoria da Justiça de Rawls surgiu disputando o espaço ocupado por outras concepções teóricas sobre o tema como o intuicionismo e a utilitarismo.

A primeira teoria rival, o intuicionismo, foi marcada pela existência de uma pluralidade de princípios de justiça aptos a se digladiarem, mas não havia um método objetivo para determinar qual o princípio deveria prevalecer ou se haveria uma ordem de prioridade na aplicação diante do caso posto, sendo que a teoria dispunha que os princípios deveriam ser aplicados conforme a intuição do sujeito até ele determinar qual seria o mais apropriado.

Rawls, no entanto, impugnava tal método por ser incapaz de dispor acerca de um sistema para hierarquizar as intuições, isto é, qual o princípio de justiça deveria ser adotado em uma dada situação em caso de conflito, dentre outros problemas encontrados na referida teoria.

A segunda teoria rival, o utilitarismo, que é, em linhas gerais, aquela em que se considera um ato como justo quando se potencializa a felicidade geral, apesar de apresentar um método organi-

2 LIMA, Newton de Oliveira. *10 Lições sobre Rawls*. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 14.

3 GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. XV e XVI.

4 Sobre o entendimento de Appio chama-se atenção para o fato de que a combinação dos princípios da igualdade e da diferença como uma ambiguidade e como uma disparidade pode ser mais aparente do que real, já que o princípio da diferença funciona como uma espécie de reparação/compensação da desigualdade e, portanto, não se combina ou se soma com o princípio da igualdade, ou seja, são princípios que não atuam na mesma direção.

zador de alternativas perante o caso concreto controverso (ou seja, a melhor opção é aquela em que se garantirá o bem-estar geral), tinha como foco, portanto, a consequência do ato (concepção teleológica), porém, Rawls defendeu o justo sob uma concepção deontológica ou não-consequencialista em que “a correção moral de um ato depende das qualidades intrínsecas dessa ação – e não, como ocorre nas posturas “teleológicas”, de suas consequências, de suas capacidades para produzir certo estado de coisas previamente avaliado.”⁵.

Outro ponto de divergência da concepção de Rawls sobre a justiça em relação ao utilitarismo é a ênfase ao ser individual, pois naquele emprega-se a ideia de as pessoas são fundidas em uma só e Rawls, nos dizeres de que Samuel Fleischacker⁶, “resiste à tendência utilitarista de reduzir todos os fins humanos a um tipo homogêneo de coisa (o prazer)”, tanto que o filósofo americano irá se ocupar sobre a distribuição dos bens primários ao invés de tratar sobre o que constituiu o referido bem.

Logo, a teoria de Rawls traz uma visão da justiça partindo do indivíduo e a importância do seu bem-estar para a sociedade (visão contrária ao ideal utilitarista), consoante as liberdades básicas em paralelo com o proveito que essa busca do bem estar geral influencia a sociedade.

Neste aspecto, não há como conceber como justo o viver em uma coletividade rica a custa da pobreza de muitos, isto é, sociedade tal em que não há o compartilhamento da riqueza.

Nesta toada, busca-se através de um consenso inicial criar princípios que irão garantir as liberdades básicas dos individuais e diminuir as disparidades para fins de alcançar a justiça.

Para tanto, hipoteticamente, os indivíduos se reunirão na “posição original”, sob o “véu da ignorância”, numa espécie de situação ideal prévia ao acordo, momento em que todos os participantes são considerados livres e iguais e estabelecerão os princípios basilares da justiça que serão os critérios aplicáveis às estruturas básicas da sociedade.

Para Rawls, tais estruturas são aquelas que envolvem a constituição política e as disposições econômicas e sociais e os princípios de justiça resultantes do acordo serão cabíveis em sociedades

5 Ibid., p. 3-4.

6 FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.161.

organizadas, isto é, direcionadas para a promoção da harmonia de seus participantes na qual não há intensa carência nem fartura de bens e as pessoas são medianamente iguais e frágeis aos ataques dos demais⁷.

O professor Gargarella⁸ ensina que, segundo Rawls, “não existe um critério independente que possa nos dizer o que é justo fazer, embora existam procedimentos que podem ajudar-nos a chegar a resultados equitativos” e isso representa uma situação de justiça procedimental pura, sendo que as situações processuais imperfeitas envolveriam critérios independentes sem assegurar a justiça e as situações processuais perfeitas abrangeriam a ideia independente e o processo capaz de garantir o resultado justo.

A mencionada “posição original” é para o professor Jean Carlos Dias⁹ o ponto de partida da teoria rawlsiana de justiça, pois “retrata um determinado momento teórico no curso de dinamização das escolhas dos indivíduos, tendo por objeto a estrutura básica da sociedade [...]”, não estando destinada a explicitar os valores escolhidos pelos acordantes para tratar da conduta humana mas um ponto a partir do qual partirá a reflexão sobre as instituições sociais.

Neste ponto, a seleção dos princípios de justiça e as condições procedimentais para a aplicação deles é denominado por Rawls de sistema de justiça como equidade.

Em tal sistema leva-se em consideração princípios imparciais escolhidos por pessoas livres colocadas em posição de igualdade e para chegar à aludida seleção paira sobre os sujeitos o “véu da ignorância”, impedindo-os de conhecer qual o *status* social a que pertencem a fim de que as questões pessoais não possam influenciar a escolha a seu próprio favor.

Mas qual seria a motivação dos sujeitos em se reunirem e estipularem princípios de justiça? Rawls explica que é a obtenção de bens indispensáveis para a satisfação de qualquer plano de vida, dividindo-os em sociais (aqueles repartidos pelas instituições sociais como a riqueza e oportunidades) e naturais (aqueles não repartidos pelas instituições sociais como o talento e a inteligência).

7 RAWLS. John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, cap. 1.

8 *Ibid.*, p. 20

9 DIAS. Jean Carlos. *Teorias contemporâneas do direito e da justiça*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2019, p. 24.

E qual seria o critério de racionalidade que seria aplicado na escolha dos princípios de justiça? Rawls traz a regra *maximin* em que, diante de variadas alternativas deve-se hierarquizá-las conforme os piores resultados factíveis, devendo ser selecionada a opção em que o pior efeito for maior que aquele relacionado às outras alternativas, mas o diferencial reside no estado em que os sujeitos se encontram, pois ao realizarem a escolha não sabem de antemão o peso que tal recairá sobre a condição de vida de cada um, logo, tenderão a ponderar entre os benefícios e os riscos a exemplo da escravidão.

Desse modo, quais seriam então os princípios escolhidos por tais sujeitos? Para Rawls foram escolhidos os seguintes princípios básicos de justiça¹⁰:

1) Cada pessoa deve ter um direito igual ao esquema mais abrangente de liberdades básicas iguais que for compatível com um esquema semelhante de liberdades para as demais. Enuncia-se aqui o princípio da liberdade.

2) As desigualdades sociais e econômicas deverão ser constituídas de tal modo que ao mesmo tempo: a) espera-se que sejam razoavelmente vantajosas para todas; b) vinculem-se a empregos e cargos acessíveis a todos. Enuncia-se aqui o princípio da igualdade sob o viés da diferença.

O princípio da liberdade está relacionado com a situação em que os sujeitos do contrato encontram-se quando da estipulação do referido princípio, pois ao desconhecerem a concepção do bem estarão preocupados com o direito à liberdade em sentido amplo a fim de que as instituições básicas não os prejudiquem ou discriminem quando da aplicação do princípio como critério na resolução de questões.

Já o princípio da igualdade envolve a distribuição dos recursos dentro da sociedade através do viés da diferença, pois os sujeitos na posição original desconhecem o seu real papel na sociedade, como a posição social e econômica que ocupam na sociedade e, portanto, “implica a superação de uma ideia de justiça distributiva, habitual em sociedades modernas, segundo a qual o que cada um obtém é justo se os benefícios ou posições em questão também forem

10 O professor Gargarella explica que os princípios de justiça ora mencionados foram aqueles expostos no trabalho original do filósofo John Rawls, pois houve variação na apresentação deles ao longo do amadurecimento da teoria pelo próprio criador.

acessíveis aos demais.”¹¹.

Logo, o sistema de justiça como equidade de Rawls não estará satisfeito com a simples igualdade de oportunidades, mas com a possibilidade de que as vantagens obtidas pelos beneficiados pela “loteria natural” sejam balanceadas com a melhora das expectativas daqueles menos favorecidos na sociedade.

O professor Gargarella¹² explica que “o princípio de mera igualdade de oportunidades (como também pode ocorrer com os princípios próprios do utilitarismo) é “instável” dado o mal-estar que pode gerar o fato de aqueles favorecidos por meras contingências naturais virem a ser, por fim, recompensados pelo sistema institucional.”

Conforme expõe o professor Dias, tais princípios de justiça são orientados conforme a lógica de precedência e retratam a estruturação de uma sociedade justa e as pretensões de merecimento lhe são derivadas, ou seja, o mérito é posterior ao estabelecimento da estrutura básica¹³.

3 PRINCÍPIO DA DIFERENÇA

Para se aprofundar mais no princípio da diferença importante notar que a “loteria natural” envolve os acasos da natureza, como nascer em uma família rica ou pobre, ser dotado de inteligência ou talento superior aos demais, advir de um ambiente pouco ou mais estimulante e etc, ou seja, envolve situações que fogem da escolha do indivíduo que nada fez para ganhar a benesse ou sofrer a adversidade, ao contrário daquele afortunado que decidiu viver alheio ao que lhe foi concedido por herança ou do sujeito que prefere o ócio ao trabalho, ou seja, há que se diferenciar aquilo que foi herdado daquilo que foi produto da escolha humana.

Rawls se preocupa com o modo como o sistema afere os acasos da natureza e daí que se extrai o entendimento de que a virtude inicial de qualquer sistema é a justiça. Neste aspecto, o professor Gargarella¹⁴ traz afirmações de dois autores sobre a visão igualitária de Rawls:

11 Ibid., p. 25.

12 Ibid., p. 26. Ver nota de rodapé nº 31.

13 Ibid., p. 31.

14 Ibid., p. 28-29.

Brian Barry afirma que “[u]ma sociedade justa é aquela cujas instituições honram dois princípios de distribuição. Um é o princípio de contribuição [que diz que] as instituições de uma sociedade devem operar de tal modo que compensem os efeitos da boa e da má sorte; [e outro é um] princípio de responsabilidade individual [que diz que] os arranjos sociais devem ser tais que as pessoas acabem com os resultados de seus atos voluntários”. Segundo Thomas Nagel, por exemplo, existem três fontes fundamentais de desigualdades, vinculadas a fatos alheios à vontade individual: as discriminações (de raça e sexo, principalmente), a classe e os talentos.”

Sob o âmbito da primeira fonte de discriminação, parece haver um consenso em que todos na sociedade devem receber tratamento igualitário independente da cor ou do sexo e, que a maioria dos indivíduos tenderia a considerar como inaceitável a possibilidade de segregação de brancos e negros dentro do mesmo ambiente ou a diferença salarial entre os homens e as mulheres, tanto que inúmeros diplomas constitucionais trazem como princípio basilar a igualdade entre os homens e mulheres, a exemplo da Constituição Brasileira de 1988¹⁵ (CF/88) que trouxe tanto como objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação e quanto o princípio da igualdade entre homens e mulheres. Tal é o aspecto da primeira fonte de discriminação mencionada por Nagel.

A segunda fonte envolveria a classe em que o sujeito está inserido, o que atrai o que foi herdado (posse de recursos) e o acesso aos meios materiais, sendo transmitido (os recursos/meios materiais) entre os sujeitos através de suas famílias. Neste ponto, torna-se mais difícil concordar com discriminação baseada no fato de o sujeito ter herdado e viver cercado das circunstâncias materiais.

Por fim, a terceira fonte de discriminação envolveria diferenças baseadas no talento pessoal, mas tanto para Rawls como para outros autores, o talento, bem como a segunda fonte encontram-se no âmbito da “loteria natural”.

Logo, o que se observa é que há uma distinção entre circunstâncias e escolhas na busca do que entende por justo.

15 Artigos 3º, IV e 5º, I da Constituição Federal de 1988.

Neste ponto, o professor Denis Coitinho¹⁶ reforçou os aspectos discriminatórios encontrados na estrutura básica da sociedade e que ele os entende como benéficos para a manutenção da cooperação social:

A estrutura básica permite desigualdades sociais e econômicas dos cidadãos em função de suas origens sociais, de seus dotes naturais e de oportunidades acidentais, e isso é benéfico para a manutenção da cooperação social efetiva. A função definitiva da teoria da justiça é regular as desigualdades na perspectiva de vida de seus cidadãos, decorrentes da posição social original, como vantagens e contexto histórico, pois ao longo do tempo, essas desigualdades possuem efeitos cumulativos, destruindo assim a possibilidade da justiça como equidade (PL, VII, § 5: 271; JFR, II, § 16.1:55).

Há que observar que a permissão para a ocorrência das aludidas desigualdades está atrelada à melhoria da condição de todos, principalmente do menos privilegiado, sob o viés do princípio rawlsiano da diferença.

4 APLICAÇÃO PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA DIFERENÇA

O professor Coitinho¹⁷ explica que os princípios rawlsianos, sobretudo o da diferença, incidem sobre a esfera pública e sobre as pessoas que tratam das desigualdades sociais e econômicas, pois “o princípio da diferença é aplicado, por exemplo, na tributação de renda e propriedade, na política fiscal e econômica e no contexto institucional das transações específicas.”

Neste ponto, deve haver uma escalonação de critérios com vista à divisão igualitária de bens primários com o fito de eliminar as desigualdades verificadas a partir da cooperação social e, assim, atingir os menos favorecidos, logo, a teoria de justiça de Rawls, tendo como foco o indivíduo busca ajustar, mediante os princípios da liberdade e da igualdade uma forma ideal para a estrutura básica

16 COITINHO, Denis. *Justiça e coerência: ensaios sobre John Rawls*. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 210.

17 *Ibid.*, p. 214

social.

Como aplicação prática do princípio da diferença tem-se o uso de ações afirmativas como meio de correção das desigualdades sociais.

Tais medidas podem ser assim sintetizadas¹⁸:

Consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional, de compleição física e situação socioeconômica (adição nossa). Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade de observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano”.

O Supremo Tribunal Federal tratou sobre a discriminação racial tanto no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF¹⁹ que versou sobre o sistema de reserva de

18 GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 6-7.

19 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

vagas baseadas em critério étnico-racial no processo de seleção para ingresso em instituição pública, tendo a ação sido julgada improcedente, bem como na Ação Direta de Constitucionalidade nº 41/DF²⁰

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 ampla 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.

20 ADC nº 41/DF. Direito Constitucional. Ação Direta de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Procedência do pedido. 1. E constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. 1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator raça como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma burocracia representativa, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o

que tratou da constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014 que trata da reserva de vagas para pessoas negras em concursos públicos, tendo a ação sido julgada procedente e, portanto ambas as decisões privilegiaram o princípio da igualdade material disposto no artigo 5º, I da CF/88 e cumpriram com a promoção da justiça social.

Logo, observa-se que o Supremo julgou válida a opção do Estado de fazer uso de política de cunho universal para atingir indivíduos alocados em grupos sociais determinados (critério étnico-racial) com atribuição de vantagens limitadas ao tempo para fins de superar a desigualdade histórica no âmbito brasileiro, isto é, possibilitou a igualdade material entre as pessoas na estrutura social.

Mas os mencionados processos judiciais trataram de exemplos de políticas estatais para a correção da desigualdade social e o

princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014. 2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. 3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas. 4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

presente trabalho visa tecer considerações sobre o uso de políticas privadas com o mesmo desiderato.

Como arcabouço legislativo sobre o tema, aponta-se que o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (introduzida através do Decreto nº 65.810 de 08/12/1969) e da Convenção nº 111 da OIT que trata da Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão (aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104 de 24/11/1964, ratificada em 26/11/1965, promulgada pelo Decreto 62.150 de 19/01/1996 e consolidada pelo Decreto nº 10.088 de 05/11/2019) e instituiu a Lei nº 12.288 de 20/07/2010 que trata sobre o Estatuto da Igualdade Racial.

O aludido estatuto incorporou no seu texto as ações afirmativas como medidas prioritárias a serem implementadas pelos setores público e privado a fim de se assegurar a igualdade de oportunidades à população negra no acesso a direitos fundamentais, como o trabalho. Foi introduzido um conceito de ação afirmativa bem próximo ao utilizado em linhas anteriores. Vejamos:

Art. 1. Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

[...]

VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

Em seguida, o Estatuto Racial clama pela responsabilidade tanto do Estado, quanto da sociedade pela garantia da igualdade de oportunidades para todos os cidadãos brasileiros, independentemente da etnia ou cor da pele, na participação nas atividades econômicas, dentre outras, visando a defesa da dignidade e valores religiosos e culturais, conferindo a participação da população negra, em igualdade de condições, na vida econômica, dentre outros, no Brasil mediante a promoção de medidas oriundas de ações afirmativas e outros instrumentos. Neste aspecto:

A teoria de justiça rawlsiana e as ações afirmativas pela iniciativa privada

Art. 2.º É dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou da cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais.

[...]

Art. 4.º A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de:

[...]

II - adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa;

[...]

V - eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada;

[...]

VII - implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros.

Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.

[...]

Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

§ 1.º A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra.

§ 2.º As ações visando a promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos.

§ 3.º O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado.

As mencionadas Convenções da OIT que o Brasil é signatário trazem conceitos sobre discriminação racial e reforçam a adoção de medidas especiais a serem tomadas com a finalidade de proporcionar aos grupos que necessitam de proteção igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais de modo, inclusive no âmbito laboral, desde que não gerem segregação e não sejam ilimitados temporalmente. Neste sentido:

Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto nº 65.810 de 08/12/1969)

1. Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano,(em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

[...]

4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

Convenção nº 111 da OIT - Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão (Anexo XXVIII do Decreto nº 10.088 de 05/11/2019)

1. Para fins da presente convenção, o termo “discriminação” compreende:

a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

A teoria de justiça rawlsiana e as ações afirmativas pela iniciativa privada

- b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.
2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.
3. Para os fins da presente convenção as palavras “emprego” e “profissão” incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.

Logo, o legislador imputou ao Estado e à sociedade o dever de garantir a igualdade de oportunidades a todos os cidadãos brasileiros independentemente da etnia ou da cor da pele, acompanhado de um tipo de instrumento que pode ser utilizado para a materialização do objetivo, qual seja, a adoção de programa/ação afirmativa no âmbito privado, sendo, pois uma aplicação prática do princípio rawlsiano da diferença como modo de corrigir e conferir a distribuição dos bens primários na estrutura social.

Para sair do campo teórico, traz-se como exemplo de medida afirmativa a adotada por algumas empresas, a exemplo da Magazine Luiza S/A e da Bayer S/A, voltadas diretamente para uma camada da população com o fim de corrigir as distorções estatisticamente verificadas no âmbito interno quanto ao número de empregados negros e pardos nos cargos de liderança e, para tanto, criaram Programas de *Trainee* exclusivos para a referida parcela da população a fim de selecionar candidatos para cargos de liderança e salários atrativos.

Em que pese a atitude empresarial ter sido pautada na legalidade, gerou-se intensa repercussão social, inclusive negativa, com o ajuizamento de Ação Coletiva pela Defensoria Pública da União (ACP nº 0000790-37.2020.5.10.0015) com pedido de antecipação de tutela baseada para promoção de reserva de vagas para candidatos não negros haja vista a adoção de cor de pele como critério para admissão de empregados por entender como a medida adotada pela empresa Magazine Luiza S/A não ser necessária e nem proporcionalmente estrita, além de ilegal por promover a discriminação em relação a todos os trabalhadores, tendo sido proferido parecer nega-

tivo pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) por entender pela legalidade da política afirmativa adotada pela empresa.

Logo, evidente que a discussão em apreço atrai a reflexão da conduta empresarial de tentativa de correção da discriminação relativa aos indivíduos pardos e negros sob a perspectiva do sistema de justiça como equidade de John Rawls²¹.

5 CORREÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL E JUSTIÇA COMO EQUIDADE

O professor Coitinho²² traz que pensar a teoria da justiça como equidade é “como uma descrição de nosso senso de justiça, de forma que os princípios escolhidos na posição original correspondam aos juízos ponderados.”.

O segundo princípio contratualmente escolhido pelos indivíduos livres e iguais sob o “véu da ignorância” e na “posição original” foi o princípio da diferença, em que se admite a correção de distorções circunstanciais para uma divisão igualitária dos bens primários que, no caso em análise, se trata do acesso a cargos de liderança no âmbito privado mediante política privada de seleção entre, tão somente, indivíduos da população negra.

Tanto o Estado, quanto a sociedade têm o dever legal de garantir a igualdade de oportunidades para todos, independentemente do tom de pele, sendo tal direito uma consequência direta do princípio constitucional da igualdade material e também com previsão em outros diplomas legais como os mencionados no tópico anterior.

A adoção de uma política afirmativa voltada tão somente para a população parda e negra, como no caso dos programas de *trainee* instituído por empresas privadas no Brasil, veio ao encontro da aplicação prática do princípio da diferença ao dar oportunidades para parcela que, mediante a análise realizada por cada uma das mencionadas empresas, não detinha cargos de liderança e, por consequência estava a margem de salários mais atrativos e outros benefícios no âmbito empresarial.

21 O tema da discriminação invertida também já foi analisado pela Suprema Corte americana no *leading case* Regents of University of California vs. Allan P. Bakke (1978), analisado por Dworkin como um *hard case*.

22 *Ibid.*, p. 139.

O parecer do MPT nos autos da ACP nº 0000790-37.2020.5.10.0015 ressaltou que o tratamento diferenciado no processo seletivo com reserva de vagas para a população negra em detrimento da população branca significa discriminação positiva não caracterizadora de ato ilícito, mas fundamentada em fator discriminatório válido como tentativa de reparação da histórica dos indivíduos pardos e negros do mercado de trabalho digno e da falta de oportunidade de acesso à melhores condições de trabalho no âmbito privado.

Há que se frisar, que políticas empresariais deste tipo incrementam as políticas estatais de cotas nas universidades públicas e reservas de vagas no serviço público de modo a tentar, paulatinamente, corrigir o desequilíbrio quanto às oportunidades oferecidas aos diversos grupos.

Logo, admitir a discriminação positiva no ambiente de trabalho **constitui ação essencial à concepção equitativa de justiça social fundada no fator de diferenciação (origem etnico-racial), inclusão no mercado de trabalho (ascensão profissional), delimitação de grupo para permitir o acesso a oportunidades, retificar a desigualdade histórica na ascensão profissional da população negra e parda em relação a população branca através de um tratamento diferenciado em busca da igualdade material, pois a discriminação altera a igualdade de oportunidades e provoca a exclusão social**

Trata-se de uma situação que, basta uma análise superficial, sem adentrar na organização de cargos e salários de cada empresa, pode ser facilmente percebida por qualquer cidadão brasileiro, pois o senso comum traz que a maioria dos indivíduos negros não conseguem acessar os melhores cargos e salários oferecidos pelo empresariado brasileiro, logo, a conduta de algumas empresas de oferecer especificamente para a parcela da população que detém a qualificação exigida para o cargo mas que, por quaisquer outros motivos, dentre eles o tom de pele, não conseguem atingi-los.

Logo, o processo seletivo promovido pelas referidas empresas tem como escopo a promoção material do princípio da igualdade no sentido de reorganizar-se e promover o racismo estrutural²³ identificado na organização empresarial, sendo, pois

23 O professor Silvio Almeida ensina que o racismo é um processo sistêmico de hierarquização racial sendo uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento e que se manifesta por meio de

medida de correção da justiça sob a luz do critério de justiça ensinado por Rawls.

6 CONCLUSÃO

O trabalho trouxe breves considerações sobre a Teoria da Justiça de John Rawls, tendo como objetivo tecer um paralelo entre o princípio da diferença e adoção de ações/políticas afirmativas no âmbito empresarial.

Conforme foi analisado ao longo do texto, os ensinamentos rawlsianos romperam com a concepção anterior intuicionista e utilitarista para trazer uma concepção de justiça não consequencialista, partindo-se do indivíduo e a precedência do justo sobre o bem.

No “âmbito da posição original”, os sujeitos livres e iguais sob o “véu da ignorância” acordaram hipoteticamente para a adoção de dois princípios da justiça que deverão ser adotados como critérios de justiça pelas instituições sociais: os princípios da liberdade e da igualdade.

Tratou-se mais especificadamente sobre o princípio da igualdade, também chamado de princípio da diferença que, nas palavras de Gargarella²⁴ é aquele que “governa a distribuição dos recursos da sociedade”, logo, a justiça não está atrelada a simples igualdade de oportunidades, mas quando é possível que os menos favorecidos tenham meios para alcançá-las, daí o uso de instrumentos que visam corrigir as distorções encontradas no seio social.

Tanto o Estado, quanto a iniciativa privada tem o dever constitucional e legal de corrigir as discriminações, mormente as raciais, a fim de garantir o pleno acesso desta camada historicamente desfavorecida a igualdade de condições até ser atingido o equilíbrio que pode ser compreendido como efetiva justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte:

práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertencem. Ver Almeida (2018) p. 25.

24 Ibid., p. 25.

Letramento, 2018.

COITINHO, Denis. *Justiça e coerência: ensaios sobre Jonh Rawls*. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

DIAS, Jean Carlos. *Teorias contemporâneas do direito e da justiça*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2019.

FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LIMA, Newton de Oliveira. *10 Lições sobre Rawls*. Petrópolis: Vozes, 2019.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ISBN: 978-85-68228-04-3

BR



9 788568 228043

**Justiça Federal
SJES**